٣٠١٠٢٠٠٠٠٢٦٢٠

تم الفحص
أ.د يوسف محمود عبد المقصود
د/ محمد سلامة
د/ عبد الشافي علي جابر

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالى
جامعة أم القرى
كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية
قسم الراسات العليا
فرع الفقه و أصوله

الطالب/ شرف الدين على قالاى

٠٠٠٢٧٤
١٠٠٨٨٠

تحقيق و دراسة :
كتاب البيوع والصرف والإجارات والشركة والمأذون والوكالة
و القسمة و الغصب و الكفالة و المضاربة و المزارعة و الوقف

من :

كتاب الأسرار

للقاضى أبى زيد عبيد الله بن عمر الدبوسى الحنفى (٤٣٠ هـ)

إعداد :
شرف الدين على قالاى

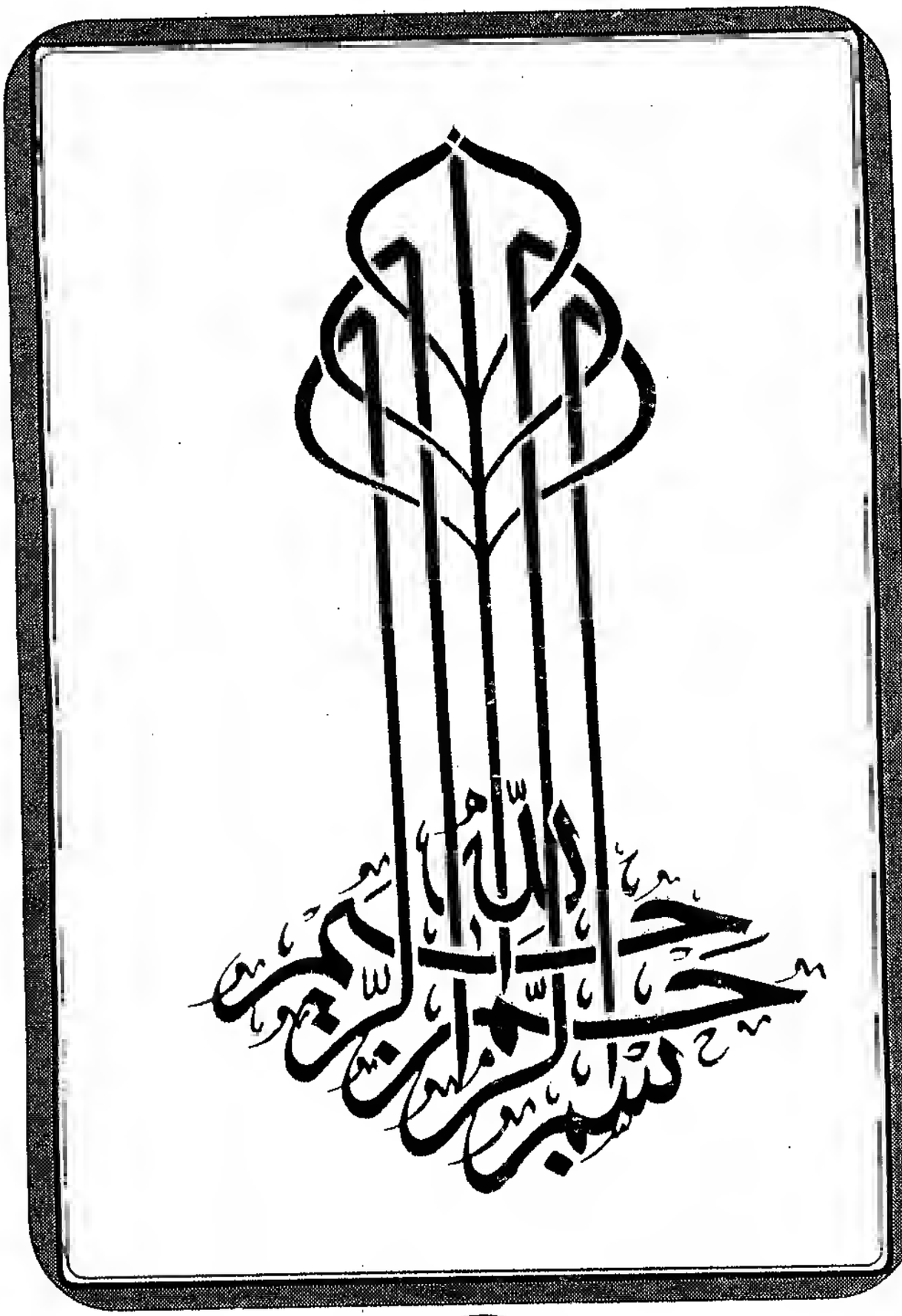
إشراف :
فضيلة الكتور : يوسف محمود عبد المقصود

رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية
لنيل درجة الدكتوراة فى الشريعة الإسلامية

١٤١٣ - ١٤١٤ هـ = ١٩٩٢ م

الجـــزء الثـــالث

* كتـــاب الوكـالـة
* كتـــاب القسمـة
* كتـــاب الغصـب
* كتـــاب الكفـالـة
* كتـــاب المـضاربة
* كتـــاب المزارعـة
* كتـــاب الوقـــف


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكـــالـة

كتـــــــاب الوكالة(١)

بسم الله الرحمن الرحيم

[الخلاف في حكم إقرار الوكيل بالخصومة على موكله]

الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله صح في مجلس القضاء دون غيره.(٢)

وقال زفر والشافعي(٣) : لايصح. وهو قول أبي يوسف، ثم رجع وقال : يصح أينما كان.(٤)

أما من قال بالبطلان : فلأنه وكله بالخصومة. والخصومة اسم للكلام مع الخصم على سبيل المنازعة؛ لأن الخصومة والمنازعة سواء، فكلام على سبيل المساعدة لا يسمى خصومة ولا منازعة؛ لأنه ضدها فلا يثبت للوكيل ذلك باسم الخصومة كما إذا وكله بشراء العبد لا يملك شراء الأمة؛ لأن الاسم لايشتمل عليهـا.

وإذا كان كذلك صار بمنزلة التوكيل بالخصومة بالإنكار دون الإقرار وبالدعوى دون الإقرار.

١ ـ الوكالة بهي في اللغة : اسم من التوكيل، وهو : تفويض الأمر إلى الغير.
والوكيل : هو القائم بما فوض إليه
(الصحاح ١٨٤٥/٥ ولسان العرب ٧٣٥/١١-٧٣٢ والمغرب ٣٦٨/٢)
وفي الشرع : إقامة الغير مقام نفسه في تصرف ملعوم.
(اللباب في شرح الكتاب ١٣٨/٢، والتعريفات للجرجاني ص ٧٠، والبحر الرائق ١٣٩/٧)

٢ ـ وهو قول أبي حنيفة ومحمد ـ عليهما الرحمة ـ استحسانا.
يرجع للمسألة إلى المبسوط ٤/٢٠، وبدائع الصنائع ٢٤/٦ والعناية ١٠٦/٧ والبحر الرائق ١٨١/٧)

٣ ـ يرجع لقول الشافعي إلى الاصطلام ١٣٥/٢ ب والمهذب ٣٥٨/١ قال في الاصطلام : «إقرار الوكيل على موكله باطل ولا فرق بين مجلس الحكم وغيره»

٤ ـ راجع مراجع مذهب الحنفية السابقة.

ألا ترى أن الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح عن الحق؛ لأنه غير الخصومة،

وكذا الوكيل بالخصومة عن دعوى القصاص أو حد القذف، إذا أقر لم ينفذ على موكله بالإجماع(١) .

إلا أننا نقول : حقيقة اللفظ توجب ما قاله، ولكننا تركناه وحملناه على المجاز بدليل، وهو : التوكيل بجواب الخصم، فإن جواب الخصم يسمى خصومة مجازا، وإن لم / يكن خصومة في نفسه، وكانت مساعدة؛ لأن سببه كان خصومةالآخر [٤٠٩ب] معه أو حرج في مقابلة الخصومة كما يسمى جزاء العدوان عدوانا، وجزاء السيئة سيئة(٢) (وإن لم يكن الثاني سيئة)(٣) ، بل كان حقا؛ لأنه وجب بسبب السيئة في مقابلتها، وإذا جاز أن يسمى جواب الخصومة مجازا، وإن لم يكن خصومة في نفسه حملت هذه التسمية على الجواب الذي هو مجاز بدلالة، وهي : أن التوكيل أمر بما له، والذي ملك في مقابلة خصومة دعوى المدعى جوابه لا الإنكار، فإنه لايملك الإنكار إذا عرفه محقا وربما يكون محقا وإنما يملك الإقرار،

١ ـ يرجع إلى المبسوط ٩/٢٠ والبحر الرائق ١٨١/٧-١٨٢ والمهذب ٣٥٨/١

٢ ـ كما ورد في قوله تعالى : ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله، إنه لا يحب الظالمين﴾ سورة الشورى - ٤٠

وكما هو الحال في قوله عز وجل : ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله، فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين، الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص، فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم، واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين﴾ سورة البقرة - ١٩٣-١٩٤

٣ ـ ساقط في نسخة (ب).

فثبت أن الجواب : المملوك له إما إقرار وإما إنكار، فمطلق التوكيل بإقامته مقام نفسه فيما له بالدعوى (ينصرف)[1] إلى ماله دون ما ليس له كعبد بين رجلين وكل أحدهما رجلا يبيع نصفه، فإنه ينصرف الى نصيبه خاصة دون نصف شائع من النصيبين جميعا، فلذلك ههنا ينصرف الى ماله،

وهو الجواب عن الدعوى والخصومة على ما أطلق له الشرع ذلك مجازا لا إلى ما يسمى خصومة؛ لأن الكلام يستعمل على مجازه وحقيقته، ومطلق الأمر يوجب النفاذ، وذلك إنما يصح إذا كانت فيما ملكه، وأمكننا ذلك باستعمال المجاز فقلناه كما في تسمية النصف لما أمكننا تنفيذ أمره بالصرف الى نصف هذا الأمر، وفيه ضرب تخصيص وتعيين، وإنه مجاز أيضا،

ألا ترى أن رجلا لو جاء وادعى نصفه واستحقه بالبينة، انصرف الى نصف شائع من النصيبين دون نصف لأحدهما عين،

فإن قيل : أجمعنا أن الحقيقة مراد وهو الإنكار فبطل أن يكون مجازه مرادا،

قلنا : إذا أنكر صح وكان وكيلا فيه، لا لأنه حقيقة - وهي ثابتة فيه باللفظ - ولكن لأنه جواب الخصم، وإنه سمى خصومة مجازا، فملك الإنكار بكونه جواب الخصم، لا بكونه خصومة، ولما ملكه بلفظ المجاز دخل تحته ما يكون جوابا من نوع آخر لعموم المجاز،

١ ـ المكتوب في (أ) و (ب) : «يتصفر» والإثبات من مقابل نسخة (ب) وكما هو ظاهر مفهوم العبارة،

ألا ترى أنه إذا حلف : «لا يضع قدمه في دار فلان»، فدخلها ما شيا حنث(١) ، وهو حقيقة. وإذا دخلها راكبا حنث أيضا، وهو مجاز ؛ لأن المراد بهذا اللفظ مجازه وهو الدخول. إلا أن الدخول دخول سواء كان ماشيا أو راكبا فيحنث بعموم المجاز في الحالين. لا بكون المسمى حقيقة.

وكقوله : «اليوم الذي قدم فيه فلان، امرأته طالق» ؛ فقدم ليلا أو نهارا حنث. والنهار حقيقة والليل مجاز ؛ لأنه صار كناية عن الوقت مجازا. ثم عموم المجاز يتناول الليل والنهار فيحنث في الحالين بالمجاز لا بالحقيقة في حال والمجاز في أخرى بخلاف ما إذا وكله بالخصومة غير جائز الإقرار عليه؛ لأنه لم يبق للصرف الى ماله محلا فصار كالتوكيل ببيع نصف العبد من نصيبهما جميعا. فإنه لا ينصرف إلى نصفه؛ لأن الأمر لا يحتمله. وإنما بطل تصحيحه على ماله إذا احتمل الأمر ذلك.

وبخلاف الوصى إذا أقر على اليتيم ؛ لأن الشرع هو الذي وكله وأنابه. وإنما أنابه ووكله فيما يكتسب لليتيم ما يقوم به مصالح نفسه عاجلا. لا فيما (يقوم به مصالحه) (٢) دينا. وليس في الإقرار مصلحة للصغير عاجل، بل فيه ضرر. وإنما يكون فيه مصلحة دينية والشرع قد وضعها عنه إلى أن يبلغ حتى أنه لا يأثم بمطله فبقى إبطال (ملكه)(٣) بلا مصلحة. وإنه لم يدخل تحت ولايته كالهبة ونحوها.

١ ـ حنث في يمنيه : لم يبر فيها.
والحنث : الخلف في اليمين ونقضها والنكث فيها.
(لسان العرب ٢/١٣٨)

٢ ـ في نسخة (ب) : «يقوم بمصالحه»

٣ ـ في نسخة (أ) : «ملك»

وبخلاف الوكيل بالخصومة في القصاص، فإنه متى كان وكيل المدعى صح الإقرار، وإنما لا يصح إذا كان وكيل المدعى عليه؛ لأن القصاص لا يجب مع الشبهة، وفي إقامتنا مقامه في الجواب - إقرارا كان أو إنكارا - شبهة فلم تثبت في حق ما سقط بالشبهات كما لم يصر بشهادة النساء مع الرجال حجة في هذا الباب لمعنى الشبهة.

وإذا كان كذلك بقيت العبرة للحقيقة في باب القصاص والوصى كما إذا استثنى الموكل فقال : غير جائز الإقرار، وإذا ثبت هذا في جانب المدعى عليه، فكذلك في جانب المدعى ؛ لأنه متى صار وكيل المدعى قام مقامه في مقابلة المنكر، والمنكر خصمه، فسمى الجلوس معه لمقابلته خصومة مجازا سواء كان دعوى عليه أو تصديقا كما قلنا في جانب المنكر فانصرف الأمر إلى مجازه ؛ لأن المجاز هو المملوك له لا نفس الدعوى التي هي حقيقة الخصومة؛ لأن الدعوى لا تحل إذا تبين له أنه مبطل كما في جانب المنكر.

وبخلاف الصلح ؛ لأنه ليس بجواب بل هو تصرف في الحق فلا يكون خصومة لا مجازا ولا حقيقة.

— * * —

فصـــــــــل

[في مناقشة قول أبي يوسف الأخير]

ثم على قول أبي يوسف أخيراً يصح إقراره أينما كان ؛ لأنه قام مقامه في جواب خصمه(١) ٠ وكان له الجواب في مجلس الحكم وغيره وإنما يختص بمجلس الحكم الوجوب عليه٠ والتوكيل يصح من حيث أنه عليه٠ ومن حيث له الجواب لا خصوص لمكان٠

وأبو حنيفة يقول : إن الخصومة اذا أطلقت أريد بها ما يكون في مجلس الحكم٠ فأما في غير مجلس الحكم يسمى مجادلة٠ فبدلالة عرف اللسان يختص باللفظ ما يوجد في مجلس الحكم كما يختص نقد البلد إذا سميت دراهم مطلقا بدلالة العرف٠

وكذلك دلالة الحال تدل عليه ؛ لأن الإنسان يوكل غيره في حقه ويستعين به لحاجته الى ذلك٠ ولا حاجة به إلى االجواب إلا في مجلس الحكم٠

وهذا كما أن التوكيل بشراء الجمد في الصيف يتوقف بالصيف وإن وقعت مطلقة؛ لأن الحاجة متوقفة بالصيف(٢) ٠

وهذا الوجه أحسن من الأول(٣) وأبعد من المنازعة٠

— * * —

١ ـ راجع أيضا الهداية ١١٢/٧ وما بعدها٠

٢ ـ سبق الكلام في ذلك في ١٧٧/٢

٣ ـ أى وجه قول أبي حنيفة من قول أبي يوسف عليهما الرحمة

٢٦٢٠

[٤١٠أ]

فصـــــــــــل /

[في الخلاف في حكم شهادة الوكيل بالخصومة بعد عزله لصالح المدعى]

ثم قال أبو يوسف - رحمه الله - : إن الوكيل إذا عزل قبل الخصومة فشهد للمدعى بذلك الحق(١) مع آخر لم تقبل شهادته كما لو خاصم ثم عزل ؛ لأنه صار خصما بنفس التوكيل حيث صح إقراره لقيامه مقام الموكل.

وعند أبي حنيفة تقبل شهادته(٢) ؛ لأن التوكيل يتوقف بمجلس الخصومة عند القاضي فقبل ذلك الوقت لا وكالة. وكان بمنزلة الوكالة بالخصومة بعد غد ثم عزله قبل الوقت ثم شهد، فإن الشهادة مقبولة.

— * —

١ ـ مثل في المبسوط (٦/٢٠) ذلك بدعوى الدار وأشار إلى مبنى الخلاف، فقال : «إذا وكله بالخصومة في دار يدعى فيها دعوى ثم عزله. ثم شهد له الوكيل بها، فإن كان الوكيل قد خاصم الى القاضي جازت شهادته عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله. ولم يجز عند أبي يوسف - رحمه الله.

وهو بناء على ما ذكرنا - أن عند أبي يوسف - رحمه الله - بتعيينه للتوكيل صار خصما قائما مقام الموكل. ولهذا جاز إقراره فيخرج من أن يكون شاهدا بنفس التوكيل.

وعندهما : إنما يصير خصما في مجلس القاضي. فكذلك إنما يخرج من أن يكون شاهدا إذا خاصم في مجلس القاضي لا قبل ذلك.»

٢ ـ كذلك عند محمد رحمه الله كما ذكر في المبسوط (٦/٢٠)

جامعة أم القرى / مكة المكرمة
عمادة شؤون المكتبات
المكتبة المركزية / مكتبة مكرية
الإهداء والتبادل
UMM AL-QURA UNIVERSITY MAKKAH

مسـألة

[الخلاف في حكم التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم]

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لايصح التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم إلا عن عذر، وهو أن يكون مريضا أو يريد سفرا.

وكذلك قال أبو يوسف أولا في الرجل ثم رجع وقال : إنه صحيح.

وهو قول محمد(١) والشافعي(٢) ؛ لأن عليا كان يوكل عقيلا(٣) بالخصومة عنه(٤) . ولم يرد فيها رضاء الخصم.

ولأن التوكيل حصل بخالص حقه، فلا يشترط لصحته رضاء غيره.

دليله : حال السفر والمرض. و (دليله)(٥) : التوكيل ببيع عبده وطلاق امرأته.

١ ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢٢/٦، والعناية ٥٥٩/٦، والبحر الرائق ١٤٣/٧ وما بعدها وأشار الفقهاء رحمهم الله إلى أن الخلاف ليس في الجواز إنما هو في اللزوم.
(راجع للتفصيل الهداية وشروحها ٥٥٩/٦ والبحر الرائق ١٤٤/٧)

٢ ـ راجع الاصطلام ١٣٥/٢ أ ، والمهذب ٣٥٥/١ ومغنى المحتاج ٢٢٠/٢

٣ ـ هو عقيل بن أبي طالب بن عبدالمطلب أخو على وجعفر رضي الله عنهم. وكان الأسن، ويكنى أبا يزيد.
أخرج إلى بدر مكرها وأسر. ففداه عمه العباس رضي الله عنه ثم أتى مسلما قبل الحديبية. وشهد غزوة مؤتة.
وقيل : أسلم عام الفتح.
وكان عقيل عالما بأنساب قريش وأيامها ومآثرها ومثالبها، وكان الناس يجتمعون إليه بمسجد المدينة ويأخذون عنه علم النسب وأيام العرب.
وكان من أسرع الناس جوابا وأحضرهم مراجعة في القول وأبلغهم في ذلك
مات رضي الله عنه في خلافة معاوية. وقيل : في أول خلافة يزيد.
(الاستيعاب ١٥٧/٣-١٥٨ والإصابة ٤٩٤/٢)

٤ ـ الأثر : أخرجه البيهقي - في الوكالة / باب التوكيل في الخصومة (٨١/٦)

٥ ـ فى نسخة (ب) : «دليل»

وكذلك إذا وكل رجلا بقضاء دينه لم يكن لصاحب الدين أن يمتنع عن القبض منه،

وكذلك التوكيل بتقاضى الدين يصح، ولم يكن للمديون أن يمتنع عن تقاضيه كما لا يمتنع عن تقاضى الموكل،

وهذا ؛ لأنه متى لم يكن للغير حق فيما وكله لم يتوقف على رضاه ؛ لأن الرضاء مشروط نظرا له حتى لا يبطل حقه بغيره، وهذا لا شك فيه،

وإنما الشبهة في بيان أنه خلص له، فالدليل عليه : أن المدعى لما وكله بالخصومة فقد وكله بالدعوى، والدعوى خالص حقه، إن شاء قال وإن شاء سكت، لا حق للمنكر فيها، إنما حقه في ترك الدعوى،

وكذلك من جانب المنكر، وكله بالإنكار، والإنكار خالص حقه لا حق للمدعى فيه، بل حقه يمتنع ثبوته بإنكاره،

وأبو حنيفة يفسد التوكيل في جانب الإنكار دون الأقرار، فإنه لو أمره بالإقرار عليه صح إذا أقر ولا يتوقف ثبوت هذه الوكالة على رضا الخصم إنما يمتنع إذا وكله بالإنكار، فصار الحق (المطلوب)(١) من كلام كل واحد منهما على سبيل الخصومة محضا لصاحبه لا بشركة الآخر فيه بل فيه رد الحق الآخر كما خلص الحق له ببيع عبده ونفاذ تصرفه في ملكه الخالص له إذا أراد النفاذ، وكما في التوكيل بالتقاضى فإن الحق المطلوب من كلام الوكيل يخلص له،

وكذلك في التوكيل بإيفاء الدين ؛ لأنه استعان به(٢) في تحصيل البراءة بتسليم المال إليه وهذا من حقه،

١ ـ في نسخة (ب) : «المط»

٢ ـ اى الموكل استعان بالوكيل،

ولأبي حنيفة : أن جواب الخصم حق واجب للخصم على المدعى بدليل أن القاضي يحضره مجلسه ويلزمه الجواب من دعواه متى طلبه المدعى، ولا يطالب به متى لم يطلبه، ولما لزمه الجواب حقا للمدعى بدليل أنه يستوفى متى طلبه، وهو بالتوكيل قصد الإحالة إلى غيره ما عليه، و الناس يتفاوتون في أدائه ، فلا يصح(١) ، كما إذا كان عليه دين فأحاله به على رجل، فإنه لايصح إلا برضا صاحبه، وهذا ؛ لأنه لما تفاوت الناس فيه، وهو حق عليه للخصم كان تصرفا فيما لغيره من حيث يتضرر به الغير؛ فلا ينفذ إلا برضاه كما لو باع مال الغير أو رهنه،

وإذا ثبت هذا في المنكر، فكذلك في المدعى ؛ لأنه قد ينقلب مدعى عليه، إذا جاء حال المعارضة ويصير الجواب عليه، ولأن الدعوى تلزمه الجواب، ورب دعوى ألزم من دعوى، فيتضرر المنكر بالنقل الى من يلزمه زيادة،

فإن قيل : إن الجواب لا يصير حقا للمدعى ؛ لأن الدعوى ليس بسبب للاستحقاق، ولكن القاضى يلزمه الجواب حقا للشرع وحسبة ليتفرغ لسائر الناس، فإن العدل بين الناس في سماع الخصومات واجب حقا لله،

قلنا : لا كذلك؛ فإنه لا يسأله (إلا)(٢) إذا طلب الخصم، وما يستوفى بطلب العبد يكون حقه، وهذا ؛ لأن الدعوى خبر يحتمل الكذب والصدق والظاهر على الصدق كما في سائر أخبارات العدل ، فمن حيث أنه صدق كان متناولا للمدعى عليه فقال له : أخرج عن احتمال صدق كلامه بالجواب إما على التصديق أو الدفع بالمعارضة بإنكاره خبرا يخبر ، إنما الدعوى لا يكون حجة في استحقاق المدعى به؛ لأنه محتمل ولا المنكر عارضه بإنكاره، لا يكون حجة الاستحقاق أصلا،

١ ـ أى فلا يصح التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم كالحوالة،

٢ ـ ساقط في نسخة (ب)

ألا ترى أنه يستحق الاستحلاف بعد الإنكار بنفس الدعوى على ما قال عليه السلام للمدعى : «ألك بينة ؟»

فقال : لا

فقال : «لك يمينه» »(١)

وبدليل : أنه يستوفى منه بطلبه، فالجواب من الخصم واجب حقا للمدعى ثم اليمين إذا أنكر(٢) .

١ ـ والحديث : أخرجه مسلم - في كتاب الإيمان / باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فأجره بالنار (١٢٣/٣) عن وائل بن حجر رضي الله عنه ولفظه :

«جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ، فقال الحضرمي : يارسول الله ! إن هذا قد غلبني على أرض لى كانت لأبي.

فقال الكندى : هي أرضي في يدي، أزرعها - ليس له فيها حق.

فقال رسول الله ﷺ للحضرمي : «ألك بينة ؟»

قال : لا (قال : «فلك يمينه»

قال : يارسول الله ! إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء.

فقال : «ليس لك منه إلا ذلك»

فانطلق ليحلف، فقال رسول الله ﷺ لما أدبر : «أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض.)

وأخرجه أيضا أبو داود في سننه - في كتاب الأيمان/ باب التغليظ في اليمين الفاجرة (٣٥٥/٤)

وفي كتاب الأقضية / باب يحلف الرجل على علمه فيما غاب عنه (٢٣٥/٥)

وأخرجه الترمذي - في الأحكام / باب ما جاء في أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه (٦٢٥/٣) فقال : «حديث وائل بن حجر حديث حسن صحيح.»

وفي الباب روايات أخرى

٢ ـ كما استفدنا من الحديث السابق وكما ورد في قوله ﷺ : «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»

(سبق ذكره وتخريجه في ٨٦/٢)

فإن قيل : إن سلمنا أن الجواب حق على المنكر للمدعى، فحق له لرجاء أن يقر له ويصدقه، لا لإنكاره، فإنه بالإنكار يدفعه عن نفسه، ويثبت حق نفسه والنزاع في التوكيل بالإنكار فإنه جائز بالإقرار.

وهذا كما أن نجعل اليمين حقا له لرجاء النكول دون الحلف. فإنه متى حلف كان حجة للمنكر وانقطعت عنه دعواه إلى أن يأتى بالبينة.

فاذا كان التوكيل الذي فيه خلاف هو الإنكار والجواب لم يصر حقا له للإنكار لم يكن التوكيل بما هو حق عليه . بل كان بما هو حقه.

قلنا : نعم، ولكن الناس يتفاوتون في الإنكار؛ فرب إنكار (يكون)(١) أشد دفعامن إنكار، فيكون في التوكيل به إضرارا بالمدعى من حيث يتوهم منه إنكار أشد لم يكن ذلك عند الموكل. وكان بمنزلة المديون إذا وكل إنسانا بأن يقبضه دينه، ينفذ دون اصل الدين. فإنه / لا ينفذ على صاحب الدين. ولا يلزمه القبول منه إلا [٤١٠ب برضاه.

فإن قيل : لإن المنكر متى كان محقا حتى صح إنكاره ملك اشد وما يكون من الإنكار وأبطل لدعواه ويكون ذلك جوابا عنه. فإن لم يأت به وأتى بإنكار ضعيف. فأما أن يكون لغفلة وجهل أو مسامحة، فلا يصير هذا الحق الذى ثبت للمدعى من هذه الوجوه حقا له.

ألا ترى أنه لو جاء بأبلغ وجوه الإنكار سمع منه، فإنابة الوكيل الذي يأتى اشد الإنكار تكون إنابة فيما ملكه خالص حق لنفسه من غير ضرر يلحق المدعى. كما لو كان لرب الدين نقد زائف على المديون. فإن المديون بالخيار: إن شاء أتى

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

(بالزيف)(١) وهو قدر حقه قبله، وإن شاء أتى بالأجود وهو مسامحة منه، أو ربما يأتى به لجهله بذلك.

ثم لو وكل بالقضاء وكيلا عالما لا يسامحه ولا يعطيه فوق حقه لم يمنع منه.

قلنا : إنا لا ندرى قدر حقه ولا يصدقه على المدعى، فلا يرد قول المدعى أنه بالتوكيل يزيد على ماله، ولأنه كيف ما كان فهو إحالة الى غيره لما عليه فيكون تصرفا فيما عليه للغير فلا ينفذ وإن لم يلحق به ضررا بخلاف التوكيل بقضاء الدين، فإنه لا يتحول بالتوكيل (أصل)(٢) الدين عنه، وإنما يزداد له بالتوكيل من يتوصل إليه من جهته بالقبض منه فلم يكن تصرفا فيما عليه بل كان فيما له.

فإن قيل : فكذلك ههنا وجوب الجواب على المنكر لا يتحول عنه إلى الوكيل، بل يبقى عليه كما كان، ولكن يزداد بالتوكيل من يسمع الجواب منه فهو كالتوكيل بايفاء دين صح التوكيل به، لما فيه من تصرف فيما له من إطلاق التصرف في ملكه، لا فيما عليه لصاحب الدين، فكذلك ههنا يصح فيما له من الإنكار ومحافظة ملكه وذمته دون ما عليه.

قلنا : هذا التوكيل لا يخلو عن التصرف فيما عليه؛ لأن المدعى لا يبقى له حق طلب الجواب من الموكل ولا استحضاره مجلس الحكم، وكذلك هذا في التوكيل بالقضاء(٣) إذا أوفاه الوكيل أجبر القبول ولا يبقى له حق المطالبة من الموكل، ولكن مع هذا نفذ التصرف ؛ لأن وصوله الى حقه من يدى الوكيل كالوصول إليه من يدى الموكل، لايختلف ملك العين بإختلاف اليدين، فيصير في قوله : «أنا لا أرضى به وأطالب الموكل به» متعنتا ، فلا يلتفت إليه لتعنته، وههنا بين

١ ـ في نسخة (ب) : «بالزيفة»

٢ ـ في نسخة (ب) : «أصلا»

٣ ـ أى بقضاء الدين.

الإنكارين تفاوت، فمتى لم ينفذ التوكيل فيما عليه بقيت المطالبة لصاحب الحق قبل الموكل وملك تعيينه بالمطالبة والإعراض عن النائب؛ لأنه غير متعنت في هذا الطلب،

فإن قيل : إذا كان حقه في الجواب قبل المنكر يتأدى بأشد ما يكون من الإنكار، لم يحصل التفاوت فيه بإقامة الثاني مقامه، فيصير متعنتا في قوله : «أنا أريد هذا الأشد من المنكر» كما في مسألة قضاء الدين،

فإن قال : ربما لا يأتى الأصل بالأشد،

قلنا له : ذلك ليس من حقك، وإنما يكون بمسامحة أو غلط فليس لك أن تطلب ذلك منه،

فهذا إشكال أبي يوسف ومحمد بخلاف الحوالة بالدين ؛ لأنه تصرف في اصل الدين، وذلك عليه لا له، ولأنه تمليك لصاحبه مبتدأ قبل المحتال عليه، والتمليك لا يصح إلا برضا المالك، وإن لم يكن التصرف عليه، وكان له كالهبة والكفالة، فإنها لا تنفذ إلا بقبول المكفول له، وما فيها حوالة لما فيها من تمليك جديد، وليس في هذا التوكيل تمليك ولا إحالة لحقه، بل فيه فتح طريق آخر، لا استيفاء حقه في الجواب الذي لا يحتمل التفاوت على الوجه الذي يتأدى حقه به، فأشبه التوكيل بقضاء الدين بالنقد الذى هو حقه،

وجواب أبي حنيفة : أن حقه في الجواب بقدر ما هو الحق ولا تدرى وربما يريد الوكيل نقله منا ؛ لأنه فإن الناس يتفاوتون في ذلك فرعا يزداد عليه الشدة بإنكار الوكيل لا يقع التفاوت بالوكيل، ولكن بخلاف يقصده الوكيل، وإذا قصد علم ورد عليه فلا يلحق صاحبه ضرر،

وشبهتهما : أنه لما لم يستحق إنكار الصفة حتى يتأدى الحق بأشد وجهه لما لم يستحق الصفة حتى يأدى الحق بأشد وجوهه من المدعى عليه، والأشد الذي هو نهاية لا يتفاوت الناس فيه وإنما استفاد حقه بالموكل بجهله أو (مسامحته)(١) لا لحقه،

والجواب : أن الإنكار الذى هو أشد ربما لا يكون حقا للمنكر لو استوفى منه لأتى (بغير الحق)(٢) لعدم هدايته إلى الأباطيل والحيل، ومتى فوض إلى غيره خيف الميل عنه إلى الحيل المبطلة،

فإن قيل : إنا إنما نجوز التوكيل بما أطلق له الشرع لا بما حرم عليه من الحيل،

قلنا : نعم ، ولكن ظهر العمل بخلاف هذا من الناس في التوكيل، فإنهم لا يطلبون منه إنابة الحق، ولكن يطلبون الدفع بكل حيلة وتصور الحق بصورة الباطل،

فهما جوزاه بناء على ظاهر الحق، وأبو حنيفة أبطل بناء على ما ظهر من العادة،

فإن قيل : أليس أبو حنيفة جوز إقرار الوكيل عملا بمجاز الخصومة حملا للتوكيل على ما يحل شرعا ؟

قلنا : نعم ؛ لأن العادة في الأخذ على الوكيل بنص لا يحتمل جهة إنابة الحق عليه متى أراد الدفع لا محالة، فمتى أطلقه علم أنه لم يرد ما عليه العادة ولكن ماله في الشرع،

١ ـ في نسخة (ب) : «مسامحة»

٢ ـ في نسخة (ب) : «بغيره الحق»

فإن قيل : فينبغي أن يجوز في مسألتنا إذا أطلق بناء على ماله في الشرع.

قلنا : في اعتبار هذا الجواز بناء على ما قلت بطريق له إلى الإضرار بالمدعى ؛ لأن من جوز هذا جوز كل نوع. وفي تجويز الأولى بناء على ما قلنا إضرار بالموكل لا بخصمه وإنه غير متهم في حق نفسه. فلم ينسد عليه هذا الباب./ [٤١١ أ] ومتهم في حق غيره، فسد عليه الباب.

هذه طريقة عامة مشائخنا والذي اختار بأن الدعوى وإن كانت حقا للمدعى. وكذلك الإنكار وإن كان حق المنكر فليسا بخالصين ؛ لأن موجب الكلامين مما يتناول صاحبه وحكم التناول يختلف بإختلاف الدعوى والإنكار. والناس يتفاوتون في ذلك. فربما يكون في الإحالة ضرر من حيث التناول بنفس الدعوى والإنكار أو بالحجة بعدهما. فإن أمر الحجج تختلف صحتها بإختلاف الدعوى والإنكار. فلا تصح الإحالة صيانة لحق الغير لا لحقه. كمن كاتب نصيبا له من عبد لم ينفذ لحق شريكه في النصيب الآخر ؛ لأن الضرر يتعدى إليه(١) . وكمن استأجر ثوبا ليلبسه أو دابة ليركبها فأجر غيره، لم يصح. وإن تصرف فيما ملك من المنفعة ؛ لأن الناس يتفاوتون في استيفائها في ضرر محل المنفعة. وهو ليس بملك له، فلم تجز(٢) صيانة للمحل، حتى إذا كان مما لا يتفاوت فيه كالدار جاز.

— * —

١ ـ أى إلى شريكه

٢ ـ أى لم تجز الإجارة للآخر

مسـألة

[الخلاف في حق المخاصمة لكل من الوكيلين]

الوكيلان بالخصومة لكل واحد منهما أن يخاصم.

وقال زفر : لا(١) ؛ لأنه باب يحتاج فيه الى الرأى والتدبير كالبيع والشراء.

إلا أنا نقول : القاضى لا يدعهما أن يجيبا جملة ؛ لأنه يصير شغبا ولا أن يشاورا. فإذا لم يمكنهما استعمال الرأى حال الجواب صار كباب يستغنى فيه عن الرأى من الطلاق والعتاق.

— * —

١ ـ يرجع للمسألة بدائع الصنائع ٣٢/٦ والعناية ٩٠/٧-٩١ ونتائج الأفكار ٩٠/٧-٩١ والبحر الرائق ١٧٤/٧

مسـألة

[الخلاف في سقوط الوكالة بارتداد الوكيل ولحوقه بدار الحرب وقضى القاضي بلحوقه ثم عاد تائبًا]

الوكيل إذا ارتد ولحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحوقه ثم عاد تائبا لم يعد وكيلا عند أبي يوسف.

وقال محمد : يعود وكيلا(١) ؛ لأنه عجز باللحاق بدار الحرب عن التصرف بحق الأمر. فلا يبطل الأمر به (كالوصى)(٢) وكالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق.

وهذا؛ لأن الرد صريحا لم يوجد. وإنما وجد ما يمنعه عن التصرف فالبطلان إنما يكون من قبل (فوت)(٣) الفعل المأمور به. ولا فوت مالم يمت؛ لأنه أمره به ولم يوقت له وقتا.

ألا ترى أنه لو لم يرتد كان هذا الوقت الذى فيه النزاع وقتا للتصرف بحق الأمر وكأوامر الله بأفعال غير موقتة. فإن العجز كله صالح لها.

وكذلك لو أمره ببيع شيء بعينه ثم باعه الموكل لم ينعزل الوكيل. وإن عجز للحال حتى إذا انفسخ البيع وعاد قديم ملكه فيه كان للوكيل أن يبيعه لهذا المعنى

١ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ١٣٩/١٩ والعناية ١٣٧/٧ والكفاية ١٣٧/٧-١٣٨ ومنحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ١٩٠/٧

إن هذا الخلاف في حالة قضاء القاضى باللحاق. وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فإنه لا ينعزل عن الوكالة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - رحمهم الله جميعا - مالم يقض القاضى بلحاقه.

(نتائج الأفكار ١٣٧/٧ والكفاية ١٣٧/٧)

٢ ـ في نسخة (ب) : «كالو وصى»

٣ ـ في نسخة (ب) : «فوات»

بخلاف يد الموكل وقضاء القاضي بلحوقه؛ لأن بقاء أمره على الصحة يبتنى على بقاء ولاية الأمر.

ألا ترى إذا جن ينعزل الوكيل ؛ لأن بقاء الأمر مالم يؤتمر به له حكم الابتداء في الصحة من جانب الأمر؛ لأن المقصود هو الائتمار به ولم يحصل بعد كالهبة قبل التسليم كأن لبقائها حكم الابتداء. ولا حكم الأداء، لأنا اعتبرنا حين الابتداء قدرة المخاطب على الفعل ليصح الخطاب معه. وكذلك تعتبر عند الأمثال به القدرة الشرعية ليصح الأداء منه. وفيما بينهما ليس في حق الوكيل حكم ثابت يحتاج لصحته إلى القدرة. فإنه بقاء انفتاح باب كان مسدودا عليه. إن شاء دخله. وليس في بقاء الانفتاح ما يميز المأمور من حكم يتصل بقدرته وكان مثاله اليمين بالطلاق. فإن الملك يحتاج إليه حين عقد اليمين وحين وجود الشرط. ولا يضره الزوال بينهما ؛ لأن الملك شرط لصحة التصرف وذلك حين اليمين وعند الشروط. فأما بينهما فليس إلا بقاء منع عن شروط الحنث، لزمه يمينه أو اقتضاء يمينه. وهذا الحكم لا يفتقر إلى ملك النكاح. فإنه ثبت باليمين بالله وما هنالك ملك نكاح.

فأما في حق الموكل فللبقاء حكم الابتداء؛ لأن الأمر تصرف منه. وما لم يحصل المقصود منه فله حكم الابتداء على ما قلنا : إن الشيء إنما يتم بمقصوده فكان البقاء صحيحا لتحصيل المقصود حقا له، فلا يثبت إلا بشرطه. فأحتج إلى قيام الولاية التي بها يصح ابتداء هذا السبب منه ليبقى كذلك صحيحا منه له.

فأما أبو يوسف فإنه يقول : بالوكالة يثبت للوكيل ولاية لم تكن. وهي الولاية على الموكل في ماله أو ذمته كما يقال : «للقاضي ولاية القضاء.» «وللمتولى ولاية

التصرف في الوقف»، وإن كان على سبيل النهاية، وبالردة و (اللحاق)(١) بدار الحرب تبطل ولايته إذا قضى القاضي به كما تبطل بالموت حتى تثبت في ملكه أحكام الموت،

وهذا من ولايته فتبطل بالقضاء أيضا بخلاف الجنون، فإنه لا تبطل ولايته، فإن املاكه مبق عليه، وكذلك سائر حقوقه،

وكذلك وليه ينوب عنه في التصرف له وعليه بمنزلة وكيله، وإنما عجز عن الاستيفاء بنفسه، والعجز عن الفعل لايبطل الأمر مالم يقع اليأس عنه على ما قال محمد،

فإن قيل : إن التوكيل ما فيه تمليك ولاية بل هو إطلاق محض حتى صح تعليقه بالشروط،

قلنا : إن الولاية تثبت بالاطلاق كالعبد يؤذن له في التجارة فتثبت له الولاية بالإطلاق لا بالتمليك، وكذلك لو أعتق،

فعلمت أن الولاية قد تثبت من طريق الإطلاق كما تثبت من طريق التمليك،

فإن قيل : أليس ملكه ينقطع ثم يعود إذا عاد ثانيا ؟ فهلا جعلت الولاية كذلك ؟

قلنا : الملك لا ينقطع، بل يقام الوارث فيه مقامه ويبقى الملك عليه على حكم ملك الميت على ما عرف، فإذا عاد بطلت خلافة الوارث ونيابته بعود الأصل فعاد إليه،

١ ـ في نسخة (ب) : «باللحاق»

فأما الولاية فتنقطع كما ينقطع الملك في أمهات أولاده ومدبريه(١) فلا جرم لا يعود؛ لأن طريق هذا كله طريق السقوط، فلا يحتمل العود بعد تمامه.

وهذا بخلاف ما لو كان على الرجل قصاص أو كفالة بنفس فارتد ثم عاد لم يبطل ما كان عليه ؛ / لأن القاضي يلحقه (بالموتى)(٢) (فيما له عقوبة)(٣) لا فيما [٤١١ب] عليه. وولايته تثبت بالوكالة لا عليه. فإنه لا يلزمه بها شيء بل ينطلق عنه ضرب حجر.

فأبو يوسف جعل هذه الولاية حقا له، ثم أبطله بخروجه عن أهلية الاستحقاق كما أبطل ملكه في أمهات أولاده.

ومحمد ما جعلها حقا له. وإنما اعتبرها انفتاح باب التصرف لا غير. فالولاية هي التي كانت وجعل حقه نفاذ التصرف به (لاغير)(٤)

— * —

١ ـ سبق ذكر وتعريف أم الولد والمدبر ١/ ١٨٦، ٢٥٢

٢ ـ في نسخة (ب) : «المولى»

٣ ـ في نسخة (ب) : «فيما لا عقوبة»

٤ ـ غير موجودة في نسخة (أ)

مسـألة

[الخلاف في سماع بينة الوكيل بقبض الدين]

الوكيل بقبض الدين إذا قامت عليه البينة بإبراء الموكل عن الدين سمعت عند أبي حنيفة،

وعندهما : لاتسمع(١) ؛ لأنه وكيل باستيفاء الملك لا بالتمليك فلا يصير خصما في أصل الملك عن صاحبه كالوكيل بقبض الوديعة والغصب بخلاف الوكيل بالشفعة(٢) .

— * —

١ ـ عنوان المسألة : الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيلا بالخصومة أم لا ؟

عند أبي حنيفة : يكون

وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن : لايكون،

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة مثل قول صاحبيه،

(بدائع الصنائع ٢٥/٦ والهداية ١٠١/٧-١٠٢ والعناية ١٠٢/٧-١٠٣ والبحر الرائق ١٧٩/٧)

٢ ـ فإن المشترى لو اقام عليه البينة : أن الموكل أبطل شفعته، سمعت خصومة الوكيل ؛ لأنه وكله بالتمليك فصار خصما منه في أصل الملك، (مقابلة نسخة (ب))

ذكر المؤلف رحمه الله وجه قول أبي يوسف ومحمد ولم يذكر وجه قول أبي حنيفة رحمهم الله جميعا، قال في الهداية (١٠٢/٧-١٠٤) مبينا وجهه : «لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ : أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها، إذ قبض الدين نفسه لا يتصور، إلا أنه جعل استيفاء لعين من وجه، فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب، وهذه أشبه بأخذ الشفعة، حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك، والوكيل بالشراء لايكون خصما قبل مباشرة الشراء، وهذا لأن المبادلة تقتضى حقوقا، وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها»

(وللتفصيل أكثر راجع العناية ١٠٢/٧-١٠٤ وبدائع الصنائع ٢٥/٦)

مسـألة

[الخلاف في حكم قبض الوكيل بالخصومة]

الوكيل بالخصومة يقبض الحق (١)

وقال زفر : لايقبض ؛ لأنه رضى بخصومته (لا بأمانته)(٢) .

إلا أنا نقول : نهاية الخصومة بقبض الحق؛ لأنه مالم يقبضه يتوهم عليه الإنكار بعد ذلك والمطل(٣)، ويحتاج إلى المرافعة ثانيا والخصومة، فلما وكله بفصلها، والفصل في القبض دخل تحته ضمنا .(٤)

— * —

١ ـ وذلك إذا قضى القاضى به

هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله،

يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٦/٢٤-٢٥ والهداية ٧/٩٩-١٠٠ والبحر الرائق ٧/١٧٨

٢ ـ في نسخة (ب) : «لأنه لا بادانته»

٣ ـ المطل : تطويل مدة تسليم الحق (لسان العرب ١١/٦٢٤-٦٢٥)

٤ ـ قال في الهداية (٧/١٠٠) :« والفتوى اليوم على قول زفر - رحمه الله - لظهور الخيانة فى الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال»

(راجع أيضا البحر الرائق ٧/١٧٨)

مسـألة

[الخلاف في بيع الوكيل بالبيع الفاسد بعقد صحيح]

الوكيل بالبيع الفاسد يملك الصحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا٠

وقال محمد : لا يجوز قياسا(١) ؛ لأنه خلاف إلى شر ؛ لأن الفاسد يزيل الملك بخيار٠ والصحيح يزيله لازما٠ فكان اللزوم صفة زائدة فلا يملك إيجابه عليه بلا أمر كما لو أمره بالبيع بشرط الخيار له، فباع بلا شرط٠

إلا أنا نقول : «إنه خلاف إلى خير٠ فلا يعتبر كما إذا وكله بالبيع بألف نسأ، فباعه حالا٠ أو باع بألف وخمسمائة»، ولاشك فيه٠ وإنما الإشكال في أنه خير٠

فالدليل عليه(٢) : أن البيع الفاسد عندهم مزيل للملك(٣) كالصحيح إلا أنه حرام٠ وهذا حلال٠ فكان النقل عن الحرمة إلى الحل زيادة إلى خير كالنقل عن النسأ إلى النقد٠ أو كان أمره بالبيع بألف زيوف فباع بألف جياد٠

فأما قوله : «إن في الفاسد خيارا» فذلك الخيار من موجب البيع٠ ولكن من موجب الفساد والحرمة فسبيل الحرام الرد في الشرع وإن لم يكن موجب العقد لم يكن في الإنتقال إلى الصحيح تركا لحكم من (أحكام)(٤) المأمور به٠ ألا ترى أنه يجب عليهما الرد٠ ولو كان حقا لهما لما لزمهما شاءا أو أبيا٠ فثبت أنه حكم الفساد والحرمة٠ فاذا باع صحيحا أخرجهما عن لزوم حكم الفساد والحرمة فكان خلافا إلى خير في نفس الخيار من حيث المعنى٠

١ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ٥٦/٢٠ وبدائع الصنائع ٢٩/٦

٢ ـ أى على أنه خلاف إلى خير

٣ ـ أى ملك البائع إذا قبض المشترى السلعة

٤ ـ في نسخة (ب) : «الأحكام»

فإن قيل : الفاسد لا يزيل الملك إلا بقبض، وهذا يزيل قبله فيكون خلافا،

قلنا : ذلك أيضا ليس من موجب البيع بل حكم عدم الضمان وعدم الضمان تحت فساد التسمية فلم يكن في الصحيح تغيرا لحكم العقد، ألا ترى أنه لو سلم المبيع أولا ثم باع فاسدا يصح، والملك يزول بنفسه،

وكذلك إذا باع العبد من قريبه بيعا فاسدا وسلم صح وعتق، فكان البيع منه لازما ولو كان الخيار مقصودا لم يصح ممن (لايبقى)(١) معه الخيار، وإن كان حكما للأمر، فإن المضارب(٢) لما أمر بالشراء للربح - وذلك في البيع بعد الشراء - لم يملك شراء قريب رب المال الذى يعتق عليه؛ لأنه لا يمكنه بيعه، فعلم أن الخيار غير مقصود ولا تأخر الملك عن حال العقد بخلاف الأمر ببيع بشرط الخيار ؛ لأنه حق له لا عليه، فلم يملك الإبطال عليه بخلاف الوكيل بالنكاح الفاسد، فإنه لايملك الصحيح؛ لأن الفاسد ليس بنكاح حقيقة بل هو نكاح تسمية،

ألا ترى أنه لو حلف : لايتزوج، فتزوج فاسدا لم يحنث وبمثله في الشراء يحنث، وقد بيناه في كتاب النكاح،

وبخلاف ما لو أمر بطلاق البدعة(٣) لم يملك طلاق

١ ـ في نسخة (ب) : «لم يبق»

٢ ـ سبق ذكره وتعريفه في ١٨٢/١

٣ ـ طلاق البدعة : هو أن يطلق الرجل امرأته مخالفا لطلاق السنة
وسمى طلاق البدعة لهذه المخالفة وكونه محرما والمطلِّق عاصيا بذلك
وهو نوعان :
الأول : ما يرجع إلى الوقت : فهو أن يطلق الرجل امرأته في حال الحيض أو في طهر جامعها فيه،
والثاني : ما يرجع إلى العدد : فهو أن يطلقها ثلاثا أو اثنتين بكلمة واحدة أو في طهر واحد، =

السنة(١) ؛ لأن السنى يتعلق بوقت مخصوص ، والبدعى يكون أيضا بوقت لا يكون وقت سنة، فيصير توكيلا بطلاق مضاف إلى وقت فلا يصير وكيلا في غير ذلك الوقت كما لو قال له : «طلقها يوم الخميس» لم يكن وكيلا في غيره(٢)

— * —

= قال في اللباب في شرح الكتاب (٣/٣٧-٣٨) مبينا وجه التسمية بطلاق البدعة : «لأن الأصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية، والإباحة إنما هي للحاجة إلى الخلاص، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث أو في طهر واحد ؛ لأن الحاجة تندفع بالواحدة، وتمام الخلاص في المفرق على الأطهار، فالزيادة إسراف، فكان بدعة»

(راجع للمزيد من المعرفة إلى بدائع الصنائع ٣/٩٣ وما بعدها وفتح القدير لابن الهمام ٣/٣٢٩ وما بعدها، والبحر الرائق ٣/٢٣٩ واللباب في شرح الكتاب ٣/٣٧-٣٨)

١ ـ طلاق السنة : وهو ينقسم إلى قسمين :

الأول : طلاق الأحسن : وهو أن يطلق الرجل امرأته واحدة رجعية في طهر لم يجامعها فيه، ثم يتركها حتى تنقضى عدتها ، أو كانت حاملا قد استبان حملها.

والثاني : طلاق الحسن : هو أن يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه، ثم يطلقها في الطهر الآخر واحدة، ثم في الطهر الثالث واحدة، فتبين، سمى الأول طلاق الأحسن؛ لأنه أبعد من الندامة لتمكنه من التدارك وأقل ضررا بالمرأة، حيث لم تبطل محليتها نظرا إليه ؛ لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضرر الإيحاش.

(راجع للمزيد من المعرفة كتاب القدورى وشرحه اللباب ٣/٣٧ وبدائع الصنائع ٣/٨٨-٨٩، وفتح القدير لابن الهمام ٣/٣٢٧ وما بعدها)

٢ ـ أى في غير يوم الخميس

مسـألة

[الخلاف في حكم عزل الوكيل بخبر واحد أو اثنين]

الوكيل لا ينعزل بخبر واحد(١) حتى يكون عدلا أو اثنين عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه : ينعزل.(٢)

وكذلك المولى إذا أخبره واحد بجناية عبده ثم باعه هل يصير مختارا(٣) ؟ فهو على هذا الإختلاف(٤) ؛ لأنه ينعزل بخبر اثنين بلا شرط عدالة فينعزل بخبر

١ ـ ذلك مقيد بأن لا يصدقه الوكيل (كما يأتى قريبا في ص :٣٣) فإن صدقه ينعزل باتفاقهم. (راجع أيضا بدائع الصنائع ٣٧/٦)

٢ ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٣٧/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٤٣٨/٦-٤٣٩ والعناية ٤٣٩/٦ والبحر الرائق ٥٠/٧

٣ ـ أى مختارا للدية

٤ ـ ذكر في العناية وفتح القدير شرحي الهداية (في أواخر كتاب أدب القاضى (٣٤٠/٦) بأن على هذا الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ست مسائل :

إحداها : إخبار الوكيل بالعزل

والثانية : إخبار العبد المأذون بالحجر

والثالثة : إخبار المولى بجناية عبده

والرابعة : إخبار المسلم الذى لم يهاجر من دار الحرب إلى دار الإسلام بما عليه من الفرائض. أى الحربى الذى أسلم في دار الحرب ولم يهاجر فأخبر بما عليه من الفرائض. إن كان المخبر عدلا أو اثنين لزمته الفرائض حتى لو ترك يلزمه قضاؤها. وإن كان المخبر غير عدل إن صدقه فكذلك. وإن كذبه فعلى هذا الخلاف.

والخامسة : إخبار الشفيع بالشراء فسكت.

والسادسة : إخبار البكر بتزويج الولى فسكتت.

وأشير أن المسائل الثلاثة الأولى ذكرها الإمام محمد في كتابه الأصل. والرابعة والخامسة في كتابه النوادر. وأما السادسة فقاسها مشائخ الحنفية على سائرها.

(راجع للمزيد من المعرفة المرجعين المذكورين وبدائع الصنائع ٣٧/٦ والبحر الرائق ٥٠/٧)

الواحد قياسا على ثبوت الوكالة(١) ٠

وعلى عكسه أخبار رسول الله ﷺ لما شرط فيها العدالة، كان الواحد والإثنان سواء٠

وكذلك الرسول لما قبلت رسالته عن اثنين بلا عدالة، فكذلك الواحد(٢) ٠

وهذا كله ؛ لأن باب الوكالة والعزل من المعاملات٠ وهو في وضعها أسهل وأخف حكما من الديانات

وكذلك (الناس)(٣) في باب المعاملات ضرورة توكيلا وعزلا على ما يعرض لهم الحاجات٠

فلو شرطت العدالة في الخبر عنها لضاق على الناس ، فلم تشترط دفعا للحرج ولكونها(٤) أخف من أمر الدين في وضعها٠

إلا أنا نقول : إن الله تعالى أمر بالبينة في خبر الفاسق(٥) ، فإذا وجد لم يلزم السامع خبره٠

وهذا ؛ لأنه محتمل الكذب والصدق على السواء٠ والمحتمل لايكون حجة٠ فإذا لم يكن حجة لم يلزم السامع حكم خبره حتى يقوم دليل رجحان الصدق على الكذب٠

١ ـ فإن الوكالة تثبت بخبر الواحد ولو كان غير عدل باتفاقهم (فتح القدير لابن الهمام ٤٣٨/٦ والعناية ٤٣٩/٦)

٢ ـ أى ينعزل الوكيل برسالتهما فكذلك ينعزل برسالة الواحد٠

٣ ـ في نسخة (أ) : «للناس»

٤ ـ أى لكون المعاملات

٥ ـ وذلك في قوله تعالى : ﴿ ياأيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين﴾ سورة الحجرات ـ ٦

دل عليه : الخبر الذى يروى عن الرسول(١) [صلى الله عليه وسلم].وإذا لم يلزم حكم الخبر بنفسه لم ينعزل(٢) ولم يلزمه الحجر بالسماع، وكذلك المولى لا يلزمه حكم الاختيار بالتصرف ولم ينحجر عن البيع(٣) إلا باختيار الأرش بخلاف الخبر بالتوكيل : فإنه لا تشترط فيه العدالة ؛ لأن التوكيل إطلاق - على ما قلنا - ، وليس بإلزام حكم،والطلاق /إنما يثبت بالمطلق (لاغير،ثم تصرف)(٤)بذلك الإطلاق، [٤١٢أ] هل يصير حلالا أولا حكم شرعى ؟ ولا يحل (له)(٥) ذلك حتى يقع في قلبه أنه صادق في ذلك، فأما إذا كذبه فلا يحل له التصرف،

وكذلك فيما نحن فيه إذا صدق المخبر لزمه أن لا يتصرف، فإن تصرف لم يحل، إنما كلامنا فيما إذا لم يصدقه(٦) أو يقال : إن المعاملة أخف من الدين وضعا، ثم الإطلاق أخف من الحجر ؛ لأن المطلق عنه ينجبر فيما طلب منه ، والمحجور عليه يلزمه حكم الحجر شاء أو أبى،وإذا صار الحجر فوق الإطلاق رتبه ودون أحكام الدين رتبه، ثم باب الإطلاق يثبت بنفس خبر المخاطب سواء كان عدلا أم لا، بلغ عدد الشهادة أم لا، والدين لا يثبت إلا بعدالة بلغ عدد الشهادة أم لا، فقيل الحجر لا يثبت إلا بعدالة المخبر إذا كان وحده لتظهر زيادة (رتبة)(٧) وبينة وعلى الاطلاق، ويثبت بخبر الإثنين بلا عدالة ليظهر نقصان رتبته عن الدين،

١ ـ بحيث يشترط فيه عدل الراوى وضبطه

٢ ـ أى الوكيل

٣ ـ أى عن بيع العبد الذى أخبر بجنايته

٤ ـ في نسخة (أ) : «لأنه تم تصرفه»

٥ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٦ ـ أى لم يصدق الوكيل المخبر،

٧ ـ غير موجود في نسخة (ب)

والخبر في الأصل بخلاف الرسالة ؛ لأن الرسول ناقل ما حمل(١) والمخبر منشيء من عند نفسه عما علم، وهما من التصرف فيما يعاين بمنزلة رسول المهدى والموهوب له، فالرسول ناقل إلى المرسل إليه ما حمل من الهدية على سبيل الأمانة، والموهوب له اذا أهدى إلى غيره منشيء من عنده بسبب ملك لما ملك، وإذا كان الرسول ناقلا لم يتعلق الحكم بخبره، ولكن بكلام المرسل الذى نقله، فلا يشترط لصحته كونه من أهل الخبر الذى هو حجة، وهو العدالة، ولكن يشترط كونه من أهل النقل وهو : أن يضبط ما سمع،

ولأن الإنسان يحتاج إلى عزل الوكيل وهو غائب، لو أخره لفات حقه فيما بداله من العزل بتصرف الوكيل، وليس يمكنه كل وقت الحضور بنفسه ولا يجد عدلا يرسله، فجوز منه تحميل الرسول بعد أن يفهم ويكون من أهله سماعا منه، ثم الرسول إذا تحمل ذلك افترض عليه النقل فقبل منه دفعا لضرورة الموكل والرسول جميعا،

فأما المخبر فليس عليه أداء ما علم؛ لأنه لم يرسل ولم تطلب منه حاجته، وإنما ينشئه من عند نفسه بلا حاجة له إليه في نفسه ولا للموكل، إذا لو احتاج لأرسله وطلب منه تبليغه، وإذا عدمت الضرورة وجب العمل بأصل الحجة، وهو أن خبر الواحد لا يكون حجة ما لم يترجح دليل صدقه،

١ ـ عرف في مجلة الأحكام العدلية في مادة ١٤٥٠ (ص٤٩) الرسالة بأنها : «تبليغ الواحد كلام الآخر بدون تدخل في التصرف»

ثم قال : «يقال للمبلغ : رسول ولصاحب الكلام : مرسل وللآخر مرسل إليه»

كما أشار إليه المصنف رحمه الله،

وأما أخبار الرسول عليه السلام فإن التبليغ يلزمه(١) بيانا لحكم الله تعالى ومع ذلك لايقبل مالم يكن عدلا؛ لأن لله حجة مع السامع يقع به البيان، وهو القياس، فلم يقبل مع الإحتمال على السواء لمعارضة القياس اياه الذى هو حجة وليست بمحتملة،

ولأن الضرورة لما ارتفعت بالقياس لم يقبل المحتمل الذى وجب العمل به لدفع الضرورات،

وفي (مسألة)(٢) المعاملات ليس مع السامع حجة إلا استصحاب الحال(٣)، فجعل خبر الواحد أولى دفعا للضرورة من استصحاب الحال الذى لايكون حجة إلا دافعة(٤) ، ولأن الحق في الدين لله تعالى، والله تعالى إنما كلفه الإبلاغ بعد تقدم العدالة، فلم يلزمه حقا لله تعالى قبل ذلك،

وفي مسألتنا هذه المرسل أرسله وأمره بالتبليغ وهو فاسق ولذلك اختلفا،

١ ـ أى يلزم من سمع منه

٢ ـ في نسخة (ب) : «المسألة»

٣ ـ استصحاب الحال : هو إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير أو هو التمسك بالحكم الثابت في حالة البقاء مالم يوجد دليل مغير،

مأخوذ من المصاحبة وهي الملازمة والمعاشرة،

(التعريفات للجرجاني ص ٢٢ وميزان الأصول ص ٦٥٨ ولسان العرب ٥١٩/١-٥٢٠ والمصباح المنير ٣٣٣/١)

٤ ـ أى يصلح حجة للدفع دون الإلزام على الغير كظاهر اليد وكحياة المفقود، لما كان الظاهر بقاؤها صلحت حجة لإبقاء ما كان على ما كان حتى لايورث ماله، ولا يصلح حجة لإثبات أمر لم يكن حتى يرث من الأقارب،

(راجع للمزيد من المعرفة ميزان الأصول ص ٦٥٩ وما بعدها،)

وأما قول أبي يوسف ومحمد : «إن الإثنين والواحد سواء في هذا الباب»، فلا كذلك، فإن الماء إذا أخبر الرجل بنجاسته وطهارته وأحد الخبرين من اثنين ترجح ذلك الجانب نجاسة كانت أو طهارة، كما لو كان أحد المخبرين عدلا دون الآخر، فجعل كمال عدد الشهود بمنزلة العدالة في خبر الواحد،

وكذلك الشهود إذا اختلف المزكون في تعديلهم وجرحهم، وأحد الخبرين من اثنين والآخر من واحد يرجح غير الاثنين على خبر الواحد،

وهذا كله لما ذكرنا : أن حكم الحجر فوق الإطلاق رتبة ودون باب الدين، فلابد من التوفير على الشبهين حظهما، ولاسبيل إليه إلا من هذا الوجه،

ثم الدليل على أن التوكيل إطلاق والعزل حجر؛ لأنه ضده(١) فلما كان التوكيل إطلاقا كان العزل حجرا لا محالة كالإذن (فى)(٢) التجارة والحجر،

وتلك المسألة على هذا الإختلاف(٣) أيضا، ألا ترى أن تعليق الوكالة بالشرط يجوز؛ لأنها إطلاق وإسقاط حجر، وتعليق العزل والحجر بالشرط لايجوز،

— * —

١ ـ أى لأن العزل ضد التوكيل،

٢ ـ في نسخة (ب) : «و»

٣ ـ راجع هامش ص : ٣١

مســـــألة

[شراء الوكيل بسلعة معيبة]

الوكيل بشراء عبد إذا اشتراه أعمى، أو الوكيل بالتزويج إذا زوج غير كفء؛

ذكرناها في البيوع : أن الوكيل بالبيع يملك كيف يشاء(١) .

— * —

١ ـ راجع ٢ / ١٣٤

مسـألة

[تكفيل المدعى عليه إلى حين إحضار البينة]

وإذا زعم مدعى القذف والقصاص أن له بينة حاضرة وأراد تكفيل المدعى عليه (لم يكلفه)(١) القاضى قياسا عند أبي حنيفة(٢) ٠

وقال أبو يوسف : (أكلفه)(٣) إلى أن يأتى بالبينة يومين أو ثلاثة إستحسانا ٠

وهو قول محمد في الظاهر(٤) ٠ وذهب إلى أن الواجب بالدعوى تسليم النفس للخصومة فلم يكن من الحد في شيء، فصح الكفالة به كما إذا كان الدعوى في مال بخلاف سائر الحدود؛ فإنه لا دعوى فيها ولايجب تسليم نفس للدعوى، وقبل وجوب التسليم لايتصور الكفالة به٠

وأما الوكالة فللإبانة في إثبات الحد والقصاص فلم يصح كما لايثبت بالشهادة على الشهادة٠(٥)

١ ـ أى لم يجبره٠ في نسخة (ب) : «لم يكفله»

٢ ـ ولكن إذا اعطى المدعى عليه كفيلا من غير إجبار جاز ذلك٠ (لسان الحكام فى معرفة الأحكام ص:٢٥٨)

٣ ـ في نسخة (ب) : «أكله»

٤ ـ يرجع للمسألة إلى لسان الحكام في معرفة الأحكام ص ٢٥٨ والعناية ٢٩٥/٦-٢٩٦ وتحفة الفقهاء ٢٤٣/٣

٥ ـ هذا قول أبي يوسف رحمه الله - كما هو المفهوم من سياق الكلام وسباقه٠
وقيل : إن محمد مع أبي يوسف وقيل : مع أبي حنيفة - رحمهم الله جميعا -
والمؤلف - يرحمه الله - أظهر الأول كما سبق، وظاهر كلام صاحب الهداية ترجيح الثاني (راجع الهداية ٥٥٨/٦ وفتح القدير لابن الهمام (٥٥٨/٦)
قال في فتح القدير (٥٥٨/٦) : «وقيل هذا الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف عند غيبة الموكل٠ فلو وكل باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا؛ لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره»

ولأن الوكيل احتيال للإيجاب؛ لأن بعض الناس ألحن من البعض، وما بنى على الدرىء لايشتغل بالإحتيال للإيجاب، وما فى التكفيل (بالنفس)(١) احتيال للإيجاب، فالوجوب عليه لايكون (بتسليم)(٢) / نفسه، بل بالخصومة وإقامة الحجة، [٤١٢ب]

ولأبي حنيفة : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه [عن جده] عن النبي ﷺ : «لاكفالة في الحدود»(٣)

ولأن الكفالة عقد وثيقة بالواجب فإنه متى كفل بمال ازداد الوجوب بها وصار في ذمتين، وكذلك يزداد، ولأنه يطالب شخصين بالتسليم، ويجتمع على المدعى عليه شخصان في مطالبته (تسليم)(٤) النفس، فإذا كان الواجب الذى يدعيه مما يسقط بالشبهة لم تصح الكفالة به كما في سائر الحدود ؛ لأنه يزيده وجوبا وتوثقة، وإنه مبنى على الدرىء، وكما (لايكلفه)(٥) بعد إقامة البينة بل (بحبس)(٦)،

١ ـ في نسخة (ب) : «للنفس»

٢ ـ في نسخة (أ) : «بتسليمه»

٣ ـ الحديث أخرجه البيهقي في سننه ـ في كتاب الضمان / باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق (٧٧/٦) عن بقية عن عمر بن أبي عمر الكلاعى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : «لاكفالة في حد»

وقال : «تفرد به عمرو بن أبي عمر الكلاعى - وهو من مشائخ بقية المجهولين - ورواياته منكرة»،

ورواه ابن عدى في الكامل عن عمر الكلاعى وأعله به وقال : «إنه مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية كما يروى عن سائر المجهولين وأحاديثه منكرة وغير محفوظ» (نصب الراية ٥٩/٤)

٤ ـ في نسخة (ب) : «التسليم»

٥ ـ في نسخة (ب) : «لايكفله»

٦ ـ في نسخة (ب) : «بمجلس»

فأما قوله : «إنها موثق بتسليم النفس للخصومة دون (الحد)(١) » فإن تسليم النفس للخصومة ليس بحق مقصود، وإنما يجب ذلك بسبب الحق الذى ادعاه فتجب العبرة للمقصود؛ لأن الآخر لايجب بدونه، وكما لايمكن (اعتبار) إيجاب الوضوء إلا بعد وجوب الصلاة؛ لأنه يجب شرطا لها،

وأما الوكالة بالخصومة فإبدال للمدعى ، والدعوى لا وجوب معها، فلم يمكن الإبدال مما يزيد في الواجب، فدعوى الوكيل مثل دعوى الأصيل ما يجوز للوكيل أن ينشىء من قبله ماليس للموكل، ولا أن يجمع على المدعى عليه بين دعواه ودعوى الأصيل، وإنما يلزمه الخصومة بدعوى واحدة كما كانت،

فأما قوله : «فلعل الوكيل ألحن» فليس بضائر إذا لم يكن له أن يزيد من قبل علمه، فإن قال المدعى عليه : «بما يفعل ما ليس له»، قيل له : «إن شئت لم ترض به» والكلام بعد الرضا بخلاف الكفالة فإنها تزيد مالم يكن على ما بينا،

— * —

١ ـ في نسخة (ب) : «الحر»

٢ ـ غير موجود في نسخة (ب)

مسـألة

[الخلاف في حكم العزل بمضى الوقت]

إذا وكله بقبض وديعته اليوم لم ينعزل بمضى اليوم.

وقال زفر : ينعزل(١) ؛ لأن الوكالة مما يتوقت بالوقت كاليمين والإجارة فتنقضى بانقضائه.

دل عليه : إذا اشتركا في تجارة اليوم انقطعت بمضى اليوم.

إلا أنا نقول : ذكر اليوم لاستعجال القبض لا لتوقيت الأمر؛ لأن الفائدة بهذا الأمر يتمحض نفعا للآمر. والمقصود يحصل بالقبض فيحمل ذكر اليوم على ما فيه فائدته. وهو تعجيل القبض لا ما فيه انقطاع فائدته، وهو انعزال المعين؛ لأنه كلام العاقل ابدا يحمل على ما يليق بحاله.

ألا ترى أنه لو قال لخياط : «خط ثوبي هذا اليوم قميصا بدرهم» فخاطه غدا استحق الأجر ؛ ألا ترى أنه إذا قال : «وإن خطته غدا فلك نصف درهم، فسد الشرطان جميعا عند زفر؛ لأن العقد واحد في اليومين، وفيه تسميتان مختلفتان. ولو جعل الأول مقصورا على اليوم لكان الثاني غير الأول؛ فيجوزان جميعا كما لو قال : «استأجرتك للخياطة اليوم بدرهم وغدا بنصف درهم.» وهذا ؛ لأن المقصود من هذه الإجارة خياطة القميص من جهته. وإنما يتم هذا بحمل اليوم على تعجيل الخياطة دون توقيت الإجارة بخلاف الشركة؛ لأنها تردد بين عين وربح. وإنما يظهر بالتجربة، فيحمل ذكر الوقت على حقيقته ليظهر له حالها في الربح والعين.

وإنما حملنا على المجاز في الباب الأول ؛ لأن الفائدة تزول بالحقيقة وتثبت بالمجاز.

— * —

١ ـ ما قاله زفر قياس ؛ لأن الوكالة تتوقت بالتوقيت. وهذا توقيت كما لو جعل رجل أمر امرأته اليوم بيدها، لم يكن لها أن تختار نفسها غدا.

والأول استحسان. ووجهه : أن ذكر اليوم هنا ليس للتوقيت بل للتعجيل فى القبض.

(راجع للتفصيل المبسوط ١٩/٩٠)

مسـألة

[الخلاف في شهادة موليا أمة منكوحة بالطلاق]

موليا الأمة المنكوحة إذا شهدا بالطلاق، والأمة والزوج ينكران، قبلت عند أبي يوسف.

ولاتقبل عند محمد ؛ لأنهما شهدا لأنفسهما ؛ لأن المستحق بالنكاح حقهما. ألا ترى أن البدل كان لهما. فكذلك العائد بالقطع يكون حقهما. وكانا في هذه المنزلة كمنزلة المرأة بعينها شهدت لنفسها مع أخرى.

ولأبي يوسف : أن حكم الطلاق يثبت حقا لله. لاحق لأحد فيه بدلالة : أن الشهادة عليه تقبل من غير خصم ولو كان الطلاق موجبا حقا للمولى لم يقبل إلا بدعوى.

وهذا ؛ لأن حكم الطلاق حرمة المتعة على الزوج إذا تم. وهي خالص حق الله. حتى أن من هتكها بالزنا لزمه الحد حقا لله. وإنما حق المولى يعود إليه حكما بزوال النكاح لا أن يكون حكما بالطلاق على ما ذكرنا في غير موضع : أن الطلاق إسقاط لملك المتعة. ثم الحق يعود إلى المرأة بحكم زوال الملك لا بسبب جديد.

وإذا كان كذلك صار الحكم المشهود به حقا لله وصار مولى الأمة والأجنبي سواء ولم يمتنع من جهة أن يجب ثبوت الحرمة عود ملكه ؛ لأنه ثبت حكما لا قصدا. كما إذا شهد رجلان لغيرهما وهو مفلس بدين ألف درهم على رجل ؛ فإنه يقبل ويجب ذلك وصول إلى دينهما.

وكذلك إذا شهدا بالقصاص على رجل بزنائة قبلت ويجب القتل ارتهما إياه؛ لأنه ثبت حكما لثبوت المشهود به، والمشهود به خالص للمشهود له، لاحق لهما فيه بوجه،

وبخلاف المرأة إذا شهدت بطلاقها مع آخر؛ لأنها هى التي تصير فارغة عما للزوج عليها من ملك متعة وحبس، والفراغ حقها فتصير كالعبد يشهد لنفسه بالإعتاق، فأما المولى فليس يثبت لنفسه بالطلاق شيئا يضاف إليه،

— * —

مسـألة

[الخلاف في حكم عزل الوكيل بدون علمه]

لايصح عزل الوكيل مالم يعلم به(١)

وقال الشافعي : يصح(٢) ؛ لأن الحق بالوكالة يثبت للموكل على التمحض؛ لأنه يعمل له فلا يشترط لصحة إبطاله علم غيره.

إلا أنا نقول : فيه إلزام حجر على الوكيل فلا يلزمه بلا علم كما في أوامر الله.

والمسألة مرت في البيوع في المشروط له الخيار إذا فسخ بغير محضر الآخر(٣)

ولأن في تصحيح العزل قبل العلم غرورا، والغرور محظور شرعا غير مأمور.

وإنما قلنا : إن فيه غرورا لأن بالأمر أطلق له التصرف على وجه/تكون عهدته [٤١٣]
على الآمر، وبالعزل تصير العهدة على الوكيل فيكون غارا بالأمر برفع السلامة التى شرطها له كمن قال لآخر : «سافر من هذا الطريق فإنه آمن» ثم سلط عليه لصوصا، كان الكلام الأول غرورا منه، وليس الغرور إلا فيما تحيل أمر ليس على ذلك.

١ ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٣٧/٦ والعناية ١٣٠/٧ والبحر الرائق ١٨٨/٧

٢ ـ ذكر في ذلك في المهذب قولان (٣٦٤/١) فقال : «وإن وكل رجلا في تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالعزل ففيه قولان :

أحدهما : لاينعزل، فإن تصرف صح تصرفه ؛ لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهى كأمر صاحب الشرع.

والثاني : أنه ينعزل، فإن تصرف لم ينفذ تصرفه ؛ لأنه قطع عقد لا يفتقر إلى علمه كالطلاق.»

(راجع أيضا مغنى المحتاج ٢٣١/٢ وروضة الطالبين ٣٣٠/٤)

٣ ـ راجع الجزء الأول ص : ٣٥٠

ولهذا (لايلزمنا)(١) حكم نسخ الله أمره مالم يشتهر كيلا يكون غرورا من الله.

وكذلك ولد من استولد جارية اشتراها أو وهبت له حر بحكم الغرور، وإن كان مختارا فيما استولد؛ لأنه استولد على ما قيل له.

فإن قيل : أليس الرمى لصيد مباحا ويضمن إذا أخطأت رميته خطأ، ولايكون هذا غرورا من الشرع ؟

قلنا : أباح الشرع بشرط أن لايصيب حقا محترما، فلم يصر غرورا. بل هذا اغتر حين تحمل الخطر.

وههنا الآمر أباح له بيعه على أن الحرمة سقطت بالأمر. والله أعلم.

— * —

تم كتـــــــــاب الوكالـــة

— * * * —

١ ـ في نسخة (أ) : «لم يلزمنا»

كتاب القسمــة

كتـــــاب القســـــــمة(١)

بسم الله الرحمن الرحيم

قال أبو زيد رحمه الله : بنوا مسائل القسمة على أصل وهو : أن القسمة إفراز لعين الحق لغة وشرعا.

١ ـ القسمة :

في اللغة : اسم من قاسمه المال وتقاسماه واقتسماه بينهما.

والقسام : هو الذى يقسم الدور والأرض بين الشركاء فيها.

يقال : قسم القسام المال بين الشركاء ، إذا فرقه بينهم وعين أنصباءهم.

والتقسيم : التفريق.

(الصحاح ٢٠١١/٥، ولسان العرب ٤٧٨/١٢، ٤٧٩، ٤٨٠ والمغرب ١٧٦/٢-١٧٧)

وفي الشرع : هي تمييز الحقوق وإفراز الأنصباء.

(التعريفات للجرجاني ص ١٧٥)

وقريبا من هذا التعريف في أنيس الفقهاء ص ٢٧٢ ومجلة الأحكام العدلية المادة : ١١١٤ ص ٦١٨ من شرح المجلة.)

قال في الهداية (٣٤٨/٨-٣٤٩) : «هى لا تعرى عن معنى المبادلة ؛ لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له، وبعضه كان لصاحبه، فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا.»

ثم قال : «والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غياب صاحبه، ولو اشترياه فاقتسماه. يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن.

ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لايكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر، ولو اشترياه فاقتسماه لايبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة إلا أنها إذا كانت من جنس واحد، أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد.»

ولذا عرفها في بدائع الصنائع (١٧/٧) بأنها : «عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض.» ثم ذكر موضحا هذا التعريف نحو ما ذكر صاحب الهداية. =

أما اللغة : فلأنها لا تطلق على ابتداء التمليكات إنما تطلق على تعيين الشائع(١) ٠

وأما الشرع : فلأن القسمة لاتجب شرعا إلا فيما يقبل الإفراز على حسب ما يثبت الحق على الشيوع حتى أن ما لايحتمل الإفراز كالدابة والعبد لايجب قسمتها٠ والأجناس المختلفة لايقسم جميعا من حيث يجمع نصيب كل واحد في جنس على حدة؛ لأن الحق يقع حينئذ مقسوما لا يكون على ما كان ثبت شائعا ؛ لأنه متى اجتمع نصيبه في (جنس)(٢) فاتته منفعة الجنس الآخر٠ فكان قبل الإفراز له من كل منفعة نصيب٠

وكذلك الحمام لاتجب قسمته ؛ لأن المنفعة القائمة قبل القسمة تفوت بالقسمة فلم تكن القسمة إفرازا للحق الشائع حيث تضمن فوات تلك المنفعة فلم تجب٠

= وركن القسمة : هو ما يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات٠

وشرطها : أن لا تفوت المنفعة بالقسمة ولهذا لايقسم الحائط والحمام ونحوهما٠

وأما سببها : فهو طلب أحد الشركاء بنصيبه على الخصوص٠

(راجع للمزيد من المعرفة الهداية ٣٤٨/٨-٣٥٠ وبدائع الصنائع ١٧/٧ والعناية ٣٤٨/٨-٣٥٠ واللباب في شرح الكتاب ٩١/٤ وتكملة البحر الرائق ١٤٧/٨)

١ ـ الشائع : هو ماليس بمقسوم ولا معزول٠

قال في لسان العرب (١٩١/٨) : «ويقال : نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ومشاع فيها أى ليس بمقسوم ولا معزول٠

قال الأزهرى : إذا كان في جميع الدار فاتصل كل جزء منه بكل جزء منها٠ »

(راجع الصحاح ١٢٤٠/٣ ولسان العرب ١٩١/٨)

٢ ـ في نسخة (ب) : «جنسه»

ولأن القاضى يجبر الممتنع على القسمة، والقاضى إنما نصب لإبقاء الحقوق على ما وقعت الدعوى بها، لا إثبات التصرف بين المتخاصمين من غير دعوى، وطالب القسمة إنما يطلب إفراز حقه الثابت له لا مبادلة مبتدأة، فالقاضى حيث يقضى يقضى بالإفراز أيضا من غير أن يثبت بين النصيبين معنى المعاوضة، إلا أنه لايمكنه الإفراز إلا بجمع كل نصيب في مكان، فيجمع، ويقيم الآخر مقامه كأنه هو، لا على سبيل المعاوضة كما تقول في ضمان (الغصوب)(١) والقروض : أنه يجب على سبيل أنه عين الواجب كأنه هو ، لا أن يكون عضوا عن المغصوب ؛ لأنهما يطلبا المعاوضة من القاضى، وإنما طالبه المغصوب منه بالخروج عن الحق عينه إلا أن الخروج عنه بعد فوات العين متعذر إلا بإقامة البدل مقامه، كأنه هو ، فجعل كذلك على ما شرحنا في كتاب الغصب،(٢)

ولهذا لم تجب الشفعة في القسمة ؛ لأنهااستيفاء لعين الحق،

ولهذا اختص(٣) محله بالشائع المتفرق أجزاؤه ليجمعها،

فإذا ثبت هذا الأصل خرج المسائل عليه:

— * * —

١ ـ في نسخة (ب) : «المغضوب»

٢ ـ راجع ص:١٣٩

٣ ـ أى حق الشفعة

مسـألة

[الخلاف في تقسيم أجرة القسام]

قال أبو حنيفة : أجرة القسام(١) على إعتبار عدد الرؤس.

وقالا (٢) والمخالف(٣) على قدر الأنصباء استحسانا(٤) ؛ لأن الخراج بالضمان، وخراج هذه القسمة ومنفعتها متفاوتة بتفاوت الأنصباء. فكذلك الضمان الواجب تشبيها.

١ ـ ذلك إذا لم يرزق الإمام أو القاضى القسام من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر.

قال في تكملة البحر الرائق (١٤٨/٨) : «يستحب نصب قاسم ورزقة في بيت المال؛ لأن القسمة من جنس القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضى، ولأن منفعته يعود إلى العامة كمنفعة القضاء والمقاتل والمفتى، فتكون كفايته في بيت المال؛ لأنه أعد لمصالحهم كمنفعة هؤلاء.»

فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر من مال المتقاسمين ؛ لأن النفع لهم، وهي ليست بقضاء حقيقة، حتى جاز للقاضى أن يأخذ الأجرة على القسمة وإن كان لايجوز له على القضاء.

وقال في الهداية (٣٥١/٨) : «والأفضل أن يرزقه من بيت المال؛ لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة.»

ويجب أن يكون القسام عدلا مأمونا عالما بالقسمة ولايجبر القاضى الناس على قاسم واحد.

(راجع للمزيد من المعرفة الهداية وشروحها ٣٥٠/٨-٣٥١ واللباب في شرح الكتاب ٩١/٤-٩٢ وبدائع الصنائع ١٩/٧ وتكملة البحر الرائق ١٤٨/٨)

٢ ـ أى أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة - رحمهم الله -

٣ ـ يعنى به المصنف - كما فى عادته - الشافعي رحمه الله.

(راجع لقول الشافعي المهذب ٣٠٧/٢)

٤ ـ يرجع للمسالة إلى الهداية ٣٥١/٨-٣٥٢ والعناية ٣٥٢/٨ واللباب في شرح الكتاب ٩٢/٤ وبدائع الصنائع ١٩/٧)

دل عليه : إذا (استأجروا)(١) رجلا لبناء الجدار بينهم أو تطيين سطح بينهم أو كيل حنطة بينهم ؛ فإن الأجرة تجب على التفاوت لتفاوت المنفعة لهم بذلك العمل.

ألا ترى أن القسام يحتاج إلى الحساب للقسمة. والحساب يتفاوت مقداره بتفاوت النصب. فإذا تفاوت العمل المعقود عليه عند الإجارة بتفاوت النصيب، فكذلك البدل المقابل به.

إلا أنا نقول : العمل المقصود عليه هو القسمة. والقسمة إفراز على ما قلنا. وذلك إنما يكون بحبل يمده بين النصيبين فيحتاج إلى العمل للنصيبين على السواء وقط لايتصور إفراز القليل عن الكثير إلا بما ينفرز الكثير عنه. فأما الحساب فيحتاج إليه ليمكنه القسمة لا أن يكون قسمة بنفسه كما يحتاج إلى آلات لكل عمل فعمل بها ، لا أن يكون الآلة معقودا عليها على أن معرفة حساب (النصيب)(٢) الكثير محتاج إليه لإفراز النصيب القليل منه كما يحتاج لإفراز الكثير. فكان العمل من حيث الحساب واقعا للجملة بخلاف تطيين السطح وبناء الجدار؛ لأن الأجرة ثم مقابل بالبناء والتطيين. ونفس ذلك الفعل يتقدر بقدر المكان.

ألا ترى أن ما يحصل بعمله من البناء والطين المبسوط (يكون)(٣) بينهما أثلاثا فكذلك بدله.

١ ـ في نسخة (ب) : «استأجر»

٢ ـ في نسخة (ب) : «النصيبين)

٣ ـ في نسخة (ب) : «فيكون»

فأما المقسوم أثلاثا ههنا فلم يحصل بعمله ليقابله البدل ، إنما حصل الإفراز لا غير، فأما هذا فكان من قبل ثابتا.

وأما إذا استأجر رجلا ليكيل حنطة بينهما للقسمة، فهو على هذا الاختلاف ؛ لأن القليل إنما ينفرز عن الكثير بالذى ينفرز الكثير عنه، وكان العمل في كل نصيب شرط لإفراز الآخر عنه كالحساب في الفصل الأول فلم يظهر التفاوت.

وأما اذا استأجرا ليكيل ذلك لا للقسمة فحينئذ يكون على التفاضل؛ لأن الأجر يستحق بإزاء فعل الكيل من غير اعتبار إفراز وفعل الكيل يتقدر بقدر المكيل فيتفاوت البدل أيضا.

— * —

مسـألة

[الخلاف في حكم تقسيم العقار بإقرار الـورثين]

دار بين قوم أقروا عند القاضى : «إنها دار أبينا مات وتركها ميراثا٠» وطلبوا القسمة لم يقتسمها القاضى حتى يقيموا البينة على ذلك(١) عند أبي حنيفة٠

وقالا : قسمها٠ وأشهد أنى قسمت (بإقرارهم)(٢) ؛ لأن القول قولهم؛ لأنها في أيديهم، ولا منازع٠ وإذا كان كذلك/ثبت ما قالوا٠ فوجب القسمة كما لو أقاموا [٤١٢ب] البينة٠ أو كان شيئا منقولا(٣) والمسألة بحالها٠

أو قالوا : «إنها دارنا، اشتريناها من فلان٠» وطلبوا القسمة قسمت بينهم٠(٤)

ألا ترى أنها تقسم بعد البينة٠ ولا فائدة فيها؛ لأنه ليس ههنا من ينكرها٠

ولأنهم لو قسموها بأنفسهم لم يتعرض القاضى لهم٠ فثبت أنهم مصدقون بما قالوا٠

١ ـ أى حتى يقيموا البينة على موت أبيهم وعلى عدد ورثته

٢ ـ في نسخة (ب) : «بإفرازهم»

أى أن القسام يشهد على أنه قسمها بناء على إقرارهم في الصك٠ قال في الهداية (٣٥٣/٨) : «إنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقتصروا عليهم ولا يتعداهم٠»

يرجع للمسألة إلى الهداية ٣٥٢/٨ وبدائع الصنائع ٢٣/٧ والعناية ٣٥٣/٨ واللباب في شرح الكتاب ٩٣/٤ وتكملة البحر الرائق ١٤٩/٨)

٣ ـ إذا كان المال منقولا يقسم بينهم بإقرارهم في قولهم جميعا ولا تطلب من الورثة البينة٠ (بدائع الصنائع ٢٣/٧ وتكملة البحر الرائق ١٤٩/٨)

٤ ـ وذلك بإتفاقهم أيضا في ظاهر الرواية٠ وروى عن أبي حنيفة: أنه لايقسم إلا بالبينة كالميراث٠ (بدائع الصنائع ٢٣/٧ اللباب في شرح الكتاب ٩٤/٤)

إلا أنه يقول : «قد ثبت أن القسمة افراز فلا يمكن أن يعتبر إفرازا لقديم الملك؛ لأنه للميت ولا شيوع فيه، وإنما يمكن الإفراز على اعتبار حكم لايمكن تنفيذه على الملك القديم، فتصير القسمة تصرفا على الميت،

ألا ترى أن الشركة قبل القسمة إذا إزدادت صارت الزيادة بينهم، وإذا ازدادت بعد القسمة لم تكن تركة بل خلصت حقا للذى وقع في نصيبه، فثبت أن حكم ملك الميت ينقطع بصحة القسمة في حق ما بينهم، فتصير تصرفا على الميت من هذا الوجه، وهم غير مصدقين على المورث أنه ميت؛ لأنهم مدعون لأنفسهم، فلم يجب على القاضى الإجابة، والشرط لم يثبت بعد وهو الموت، بخلاف ما إذا كان منقولا ؛ لأن المنقول يعرض التوى والتلف فكانت قسمة بينهم للتحصين، وشرط ولاية التحصين قد ثبت للقاضى، وهو غيبة من ينسب إليه الملك ميتا كان أو لم يكن،

فأما العقار فمحصن بنفسه فتلك القسمة لاتجب على القاضى للتحصين فلو وجبت وجبت للإستحقاق وقطع حق الميت على ما بينا ، فلم يجب لعدم شرطه وهو الموت، وسبيله سبيل ما نقول بأن القاضى يتصرف في مال الغائب من حيث التحصين كالنفقة والبيع إذا (خاف)(١) الهلاك، ولا يبيع العقار البتة، وبخلاف ما إذا قاموا البينة؛ لأنهم يدعون استحقاقا على الميت على ما بينا، فيصير بعضهم مدعيا، والبعض خصما عنه، وإن كان مقرا لبطلان إقراره على الميت فسمع عليه البينة؛ لأن كل واحد منهم خصم عن الميت فيما يستحق (للميت)(٢) وعليه كما تقول في الوصى إذا ادعى عليه دين فأقر به لم يصح إقراره متى قامت عليه البينة سمعت ، أو القاضى بنفسه يصير خصما ؛ لأن الإجابة تتوجه عليه، هذا كالرجل

١ ـ فى نسخة (ب) : «خالف»

٢ ـ فى نسخة (ب) : «عن الميت»

يقول للقاضى : «إنى (التقطت)(١) هذا اللقيط فاقض له بالنفقة» أو «هذه دابة فلان عندى وديعة فاقض لها بالنفقة» لم يجب على القاضى الإجابة له حتى يقيم البينة على ذلك، وإذا قام أجاب له.

وبخلاف ما إذا زعموا أنها مشتراة لهم؛ لأنهم لايطلبون من القاضى استحقاقا على غيرهم بالقسمة؛ لأنها مستحقة على البائع قبل القسمة وبعدها. وفى الأحوال كلها يكون حكم ملك البائع منقطعا عنه بنفس البيع. فأما ههنا فلا ينقطع بالموت حكم ملكه؛ لأنهم يخلفونه في الملك عنه، لا أن يملكوا ابتداء. وإنما يبطل حكم ملكه ضرورة تصرف لايمكن تنفيذه وتصحيحه على الملك الأول. فيجعل حينئذ كملك مبتدأ في حقه.

ألا ترى أن أحد الورثة إذا كان غائبا وأقاموا البينة، قسمت الدار بينهم وعزل نصيب الغائب؛ لأنهم ادعوا الاستحقاق على الميت فكان كل واحد منهما خصما عن الكل.

وفي الدار المشتراة إذا كان أحدهم غائبا لم يقسمها؛ لأنهم يستحقون عليه وهو غائب. والحاضرون ليسوا بخصم عنه إلا أن القاضى لا يمنعهم عن القسمة ؛ لأن كذبهم لم يظهر له ليمنعهم. ولكن من حيث لم يثبت صدقهم بدليل لم يلزمه الإجابة. وسبيله سبيل رجل جاء إلى القاضى فقال : «هذه الألف وديعة لفلان ولى عليه ألف. فاجعلها بالألف» لم يجعل ؛ لأنه لم يظهر له صدقه. ولو جعلها هو بنفسه بالدين لم يمنعه؛ لأن الكذب لم يظهر.

١ ـ في نسخة (ب) : «انقطعت»

وهذا ؛ لأن كل عدل صادق في خبره بناء على أصل العقل يمنع الكذب، فلما ثبت الصدق بناء على أصل ثابت فيه، لا لدليل قائم للحال كان حجة في الدفع عن نفسه، فلا يتعرض له القاضى، ولم يكن حجة في إلزام القاضى ولا غيره أجراء على الأصل الكبير الذى بيناه في باب الطرد من كتاب الهداية.

وعلى هذا يخرج مسائل المعقود وكثير من مسائل الفقه.

فإن قيل : «إن الورثة بعد القسمة يخلفون الميت في ملك التركة (لا أن يملكوا)(١) على سبيل الابتداء حتى أن أحدهم لو وجد بعين جعل له عيبا رده على بائع الميت.

قلنا : نعم، كذلك في الحقيقة. ولكن في حق ما بينهم يجعل ملكا مبتدأ؛ لأنه إنما قطع الأول ضرورة تنفيذ حكمه لم يكن تنفيذها بناء على الملك القديم. وهذه الضرورة في حق ما بينهم وبين الميت حيث لم يكن على الشركة. والآن صارت على الشركة، فأما في حق غيرهم فلا. فكذلك بقى حكم قديم الملك فى حق غيرهم.

ألا ترى أن الدار إذا بيعت أو مال من الأموال بغير رضا المالك فمات المالك فأجاز الوارث لم يجز. وإن خلفه فى قديم الملك ولم يجعل كالصبى يبلغ فيخير ما توقف على حال صغره، بل اعتبر بملك حادث كان المالك ملكه من إنسان آخر.

وبمثله لو كانت أمة زوجها فضولى ثم مات مولى، وهى لا تحل للوارث ملك (الإجازة)(٢) ولم يعتبر بملك حادث. بل اعتبر بالميت كأنه حى بعد؛ لأن زوال

١ ـ في نسخة (ب) : «إلا أن يملكوا»

٢ ـ المكتوب : «الإجارة»

التوقف ليس برد صريح من المالك، ولكن ضمنا لحدوث الملك للوارث فيما انعقد عليه العقد وتوقف له فيقدر بقدره.

فقيل : بأن الأمة إن كانت تحل له بطل التوقف.

/ وكذلك سائر التصرفات ؛ لأن المالك ملك عين ما انعقد العقد عليه من [٤١أ] ملك المتعة بها أو رقبة الأموال.

وإذا كانت لاتحل له فما ملك الوارث معنى المتعة بها فلم يرد التوقف ، فكذلك هذا.

ولهذا قال محمد فيمن قاسم شريكه، والشريك غائب وقبل عنه أجنبى ، فمات قبل الإجازة. فأجاز الوارث : إنها لا تجوز قياسا ؛ لأنه حدث الملك فيما انعقد عليه القسمة من إفراز النصيب الشائع الذى كان بينهما. فأوجب بعض ذلك التوقف على ما مر.

وقال أبو يوسف : يجوز (استحسانا ؛ لأنها لو لم يجز)(١) احتاج القاضى إلى إعادتها ثانيا ، فلا يفيد عدم الجواز.

— * —

١ ـ ما بين القوسين ساقط في نسخة (ب)

مسـألة

[الخلاف في حكم تقسيم الدور والبيوت والمنازل جمعا]

قال أبو حنيفة : لاتقسم الدور(١) جمعا إلا بالتراضى٠

وقال صاحباه : إن شاء القاضى جمع نصيب كل رجل في دار٠ وإن شاء قسم كل دار على حدة(٢) ؛ لأنها جنس واحد في الحقيقة٠ وفى المعنى أجناس مختلفة لما فيها من اختلاف المنافع ، فإذا تقابل المعنيان قيل للقاضى : «مل إلى أقربهما من الصلاح واعمل به٠»

ولأبى حنيفة ما ذكرنا أن القسمة إفراز٠ وإنما يكون إفرازا إذا بقيت المنفعة الأولى على ما ذكرنا على ما كانت٠

ثم المنافع من الأجناس المختلفة مختلفة فلم يقسم جمعا؛ لأن الأنصباء متى جمعت في جنس فاتته منافع سائر الأجناس، فامتنعت القسمة لفوات معنى المنفعة لا لأنها أجناس مختلفة٠ ألا ترى أن الحمام لايقسم ولايجمع نصيب كل واحد في بيت والجنس واحد لفوات المنفعة٠ وهذا المعنى بعينه في الدور موجود؛ لأن منافعها تختلف في أصول العرف ٠ إذ رب دار تصلح للخزانة، ورب دار تصلح للتفرج والتنزه، لا لصيانة الأموال٠ ورب دار تصلح للأمرين جميعا، ورب دار يرغب فيها لأنه خطة الآباء أو لجوار الصلحاء٠ ورب دار يزهد فيها لمعنى الجيران٠

١ ـ الدور : جمع الدار وهى اسم محل جامع للعرصة والبناء٠

وهى من دار يدور لكثرة حركات الناس فيها٠

(لسان العرب ٢٩٨/٤، راجع أيضا اللباب في شرح الكتاب ٩/٢ والهداية ٤٨٤/٥)

٢ ـ يرجع للمسألة إلى الهداية ٣٦٠/٨ واللباب في شرح الكتاب ٩٨/٤-٩٩ ، المبسوط ١٧/١٥ ومابعدها وفتاوى قاضيمان ١٥٠/٣)

وهذه معان مقصودة، ألا ترى أن القيم تتفاوت لأجلها مع اتفاقها في الصنعة والمساحة.

ولهذا قيل : من استودع ليحفظه في دار بعينها فحفظها في دار أخرى فضاعت ضمنها ؛ لأنها تختلف في العرف والعادة في هذا المعنى فصار الشرط مفيدا.

وإذا وكل رجلا بشراء دار لم يصح مالم يبين الثمن كما لو وكله بشراء ثوب.

وإذا كان كذلك لم يقسم جمعا إلا بالتراضى كالأجناس لقيام العلة فيها ههنا.

دل عليه : أن الثياب جعلت أجناسا حكما. وهى في الحقيقة ثياب وجنس لما أن المعانى مختلفة من الثياب فألحقت بالأجناس المختلفة حكما. وكذلك الذكران والإناث من بنى آدم جعلوا جنسين مختلفين لاختلاف المعانى المقصودة منها ، ومن غير بنى آدم هما جنس واحد لاتفاق المعنى المقصود منها في الأصل. فثبت أن العبرة للمعنى.

وإذا كان كذلك جاء من هذا أن الدور أجناس مختلفة في الحكم وإن اتفق في الاسم بخلاف البيوت(١) من دار واحدة؛ لأن المقصود بها يتفق في العادة. وإنما يتفاوت القيمة بتفاوت الصنعة.

ألا ترى أن رب المال إذا أمره بحفظ الوديعة في بيت بعينه فحفظه في بيت آخر، لم يضمن ؛ لأنها تتفق حرزا في الغالب، فلم يكن الشرط مفيدا بناء على العادة فلم يضمن حتى ثبت خلافه.

١ ـ البيوت : جمع بيت. وهو اسم لمسقف واحد.

قال في المغرب (٩٤/١) : «أصله من بيت الشعر أو الصوف سمى به لأنه يبات فيه»

قال في المبسوط (١٨/١٥) : «البيت إسم لمسقف واحد. له دهليز، فلا يتفاوت في المنفعة عادة»

وأما المنازل(١). وإن كانت متصلة فحكمها حكم البيوت؛ لأن الدار الواحدة تشتمل على منازل كما تشتمل على البيوت، وإن كانت متباينة فحكمها حكم الدور؛ لأن المنزل يبنى للسكنى مقصودا في العادة كالدار، فصارت منزلة المنزل بين الدار والبيت فاعتبرت بالبيوت إذا اتصلت وبالدور إذا اختلفت، ولم يعتبر الاتصال في الدور لما كانت في نفسها مختلفة في أصل الوضع،

وعلى هذا(٢) قال أبو حنيفة : لايقسم الرقيق جمعا،

وقالا : يقسمون جمعا إن رأى القاضى ذلك خيرا ؛ لأنهم جنس واحد حقيقة وحكما كالثياب المروى والخيل،

ألا ترى إذا تزوج امرأة على عبد صحت التسمية ولو كانت الجهالة جهالة جنس لما صحت كما إذا تزوج امرأة على ثوب أو حيوان،

ولأنه لو جمع إلى الرقيق شيء آخر قسمت جمعا، فلو لم يكن محتملا للقسمة بالجمع في نفسها لما احتملها بانضمام جنس آخر إليها ؛ لأن (انضمام)(٣) جنس آخر مانع لقسمة الجمع في نفسها،

ولأبى حنيفة : أن العبيد جنس واحد حقيقة، ومن حيث المعنى أجناس ؛ لأن المعانى المبتغاة من منافعها تتفاوت فيهم كما تتفاوت في الأجناس؛ لأن من العبيد من يصلح للأمانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية والخياطة

١ ـ المنازل: جمع منزل ، وهو: موضع النزول

قال في المغرب (٢٩٧/٢) : «المنزل : موضع النزول، وهو عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت، وأقله بيتان أو ثلاثة» وهو المراد هنا كما هو الظاهر،

(راجع للمعنى اللغوى لسان العرب ٦٥٨/١١ والمغرب ٢٩٧/٢)

٢ ـ أى على فوت المنفعة الأولى من المال المشترك إذا قسم

٣ ـ وفى نسخة (ب) : «الانضمام»

والكتابة، فمتى رجع نصيب كل واحد منهم في واحد فاتته سائر المنافع، فلم يكن ذلك قسمة وإفرازا، فلم تصر مستحقة كقسمة الحمام والأجناس المختلفة على ما مر.

ألا ترى أن العبيد يختلف قيمهم بعد الاتفاق في الصورة لهذه المعانى.

وكذلك الخلق مبتغى، وهم يتفاوتون فيه تفاوتا فاحشا.

دل عليه : أنه إذا وكل رجلا بشراء عبد لم يصح مالم يبين الثمن، وجهالة النوع لاتمنع صحة الوكالة.

وقال أصحابنا جميعا فيمن دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة(١) ، فاشترى المضارب بها عبدين كل واحد يساوى ألفا ، إن عتق المضارب : لاينفذ، ولو كان / تجب القسمة جمعا لصار الربع من كل عبد للمضارب فكان ينفذ عتقه كما إذا [٤١٤ب] كان عبدا واحدا قيمته ألفان.

وكذلك لايلزمه الزكاة في نصيبه، ولو اعتبر جنسا واحدا لوجب(٢) كما إذا اشترى أغناما يساوى ألفين، فإن الزكاة يلزم نصيبه، فحيث قالوا بأنه لايملك شيئا من العبدين، تبين أنه يعتبر كل عقد على حدة، كأنه ليس معه غيره في حق إثبات الشركة بينهما، وعند ذلك لايفضل شيء من العبد عن رأس المال، فلم يثبت له ملك فهذه المسألة تنقض ما قالا(٣) .

فإن قالا : نحن إنما نجعلها جنسا واحدا في القسمة إذا رأى القاضى الصلاح فيه كالدور،

١ ـ في نسخة (ب) : «الإنضمام»

٢ ـ سبق ذكر المضاربة وتعريفها ١/١٨٢، راجع أيضا ص: ٢٧١

٣ ـ أى لوجبت الزكاة

٤ ـ أى ما قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ـ بأن الدور جنس واحد.

قلنا : وإنهما لم يشترطا هذا الشرط في كتاب القسمة، وكذلك في كتاب الصوم في عبدين لرجلين مر عليهم يوم الفطر،

قال أبو حنيفة لاتجب صدقة الفطر عليهم ؛ لأن كل عبد يعتبر على حدة، فلا يصير لواحد منهما صدقة عبد كامل،

وقالا : تجب على كل واحد منهم صدقة عبد كامل على اعتبار القسمة جمعا، والقاضى ثم لم ير الصلاح،

فثبت أن مسألة المضاربة تنقض قولهما في مسألة القسمة وصدقة الفطر، إلا أنه ذكر في الجامع مسألة الصدقة وأجاب على الإتفاق أنه لا تجب، فصار عنهما روايتان على أنه لانص عن أبي يوسف في الصوم، ثم يقول في صدقة الفطر : اعتبر بجنس واحد وإن لم ير القاضى الصلاح احتياطا ؛ لأنها عبادة،

فأما قولهم : إن النكاح جائز على عبد فلأن العبد جنس واحد حقيقة وحكما، إلا أنا منعنا قسمة الجمع إلا بالتراضى لما ذكرنا، أنه لايمكن القسمة جمعا من حيث يكون إفرازا، فامتنع كما يمتنع في الحمام مع اتفاق الجنس حقيقة وحكما، ثم إنما افسدنا التوكيل بشراء عبد وإن كانت جهالة نوع، وجهالة النوع لايفسدها ؛ لأنها فسدت للتفاوت المتفاحشة الذى يقع بين العبيد كما يقع بين الأجناس، ولكنها لم يوجب فساد التسمية في باب النكاح؛ لأن تلك الجهالة المتفاحشة موجودة بين أنواع مهر المثل الذى يجب لو فسدت التسمية، فلما (لم يعد)(١) اعتبار تلك الجهالة وإن فحشت لم يعتبر وألحق بالقليل منه،

١ ـ في نسخة (ب) : «لم يفد»

وأما قولهم : متى ضم إلى العبيد شيء آخر قسمته ، فهو إشكال على الكل ؛ لأن الشيء الآخر ليس من جنس العبيد، واختلاف الجنس يمنع قسمة الجمع ، فثبت أنها مؤوّلة، وتأويلها : قسمت بشرط التراضي أو قسمت (العبيد)(١) تبعا للذى ضم إليه، كما قلتم أنتم بأن العبيد والبقور لايصح وقفها، وإذا وقفها تبعا للقرية صح(٢)

— * —

١ ـ في نسخة (ب) : «بالعبيد»

٢ ـ إن وقف العبيد والبقور لايصح لكونها منقولا؛ لأن التأبيد شرط جواز الوقف ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك، فلا يجوز وقفه مقصودا إلا إذا كان تبعا للعقار في قول أبي يوسف، وكذلك في قول محمد ـ كما أشار إليه المؤلف وصاحب البحر الرائق ـ رحمهم الله جميعا، (راجع الهداية ٤٣٠/٨ وبدائع الصنائع ٢٢٠/٦ والبحر الرائق ٢٠٠/٥) وسوف يأتى المزيد فى كتاب الوقف إن شاء الله تعالى،

مسـألة

[الخلاف في كيفية تقسيم العلو والسفل]

علو بين رجلين وسفل طلبا القسمة، جمع القاضى نصيب كل واحد (منهما)(١) في بيت على حدة ويحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف : ذراع بذراع.

وقال محمد : يعدل الأنصباء بالقيمة(٢) ؛ لأنها جنس واحد حقيقة. وفي المعنى جنسان ؛ لأن السفل يعد لمنافع لا توجد في العلو. والعلو يعد لمنافع لاتوجد في السفل؛ لأن السفل في الغالب يعد سردابا واصطبلا وبالوعة(٣) . ولا توجد هذه المنافع في العلو. والعلو يعد منظرا ومخدعا(٤) . فمن حيث الاتفاق يقسم جمعا ، ومن حيث الاختلاف يعدل الأنصباء بالقيمة.

دل عليه : أن قيمة العلو (تخالف)(٥) قيمة السفل بعد الإتفاق في الوضع فصارا من حيث (القسمة)(٦) كالجنسين المختلفين فلا يعتبر المماثلة بالصورة.

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ١٦/١٥ والهداية ٣٦٦/٨-٣٦٩ وبدائع الصنائع ٢٧/٧ والعناية ٣٦٦/٨-٣٦٨ واللباب في شرح الكتاب ١٠٢/٤-١٠٣

٣ ـ البالوعة : هى ثقب ينزل فيه الماء. قال في اللسان العرب (٢١/٨) : «البالوعة والبلوعة - لغتان - : بئر تحفر في وسط الدار ويضيق رأسها يجرى فيها المطر. وفى الصحاح : ثقب فى وسط الدار.»
(يرجع إلى الصحاح ١١٨٨/٣ واللسان ٣١/٨ والمصباح المنير ٦١/١)

٤ ـ المخدع : بيت صغير يحرز فيه الشيء
(المصباح المنير ١٦٥/١)

٥ ـ ونسخة (أ) و (ب) : «كالف» وما أثبتناه من نسخة (ج)

٦ ـ في نسخة (أ) : «القيمة»

إلا أنا نقول : لو كانت المنافع مختلفة لمنعت القسمة جمعا كما فى الجنسين المختلفين على ما قلنا٠ فلما قسمت جمعا دل أن المنفعة فى الأصل منفعة واحدة٠

وهذا، لأن أصل المنفعة من البيوت والمنازل السكنى بأنفسهم٠ فأما ما عداها فتبع للأنفس؛ لأن الدواب والقماشات تبع للمالك فكان المعتبر أصل السكنى٠ ومن حيث الأصل قل ما يجد الإختلاف بينهما، إذ في العادة يعد السفل للسكنى، وكذلك العلو٠

إنما يقع الاختلاف في الدواب والبالوعة٠ وذلك تبع٠ وكذلك المنظر ؛ لأنه للتنزه ما يتخذ وذلك من توابع السكنى٠ فإن السكنى يقوم بدونه٠

وإذا كان كذلك اعتبرت المعادلة بالأجزاء كما لو كانت كلها سفلا أو علوا٠

وأما قوله : «بأن القيمة تختلف في نفسها بعد الاتفاق في الصنعة ربما (تربى)(١) قيمة جانب على جانب لمعنى عارض من زيادة حرز أو صلاح جوار٠

ثم ذلك الاختلاف لم يوجب بالقيمة بل يقسم بالذرعان بعد التعديل بالقيمة ذراع بذراعين أو بذراع ونصف على حسب المعادلة بالقيمة٠ ولا يعدل بنفس القيمة من غير ذراع٠ فكذلك ههنا عند الإختلاف٠

وإنما جوابهما على ما أجابا فيما إذا اتفقا صنعة وقيمة٠ فإن المعادلة عند أبي حنيفة ذراع بذراعين لما ذكرنا أن القسمة إفراز٠ وإنما يكون إفرازا على اعتبار

١ ـ في نسخة (أ) : «يزلى»

تربى : تزيد٠ ربا الشيء يربو ربوا ورباء : زاد ونما

وفي التنزيل العزيز : ﴿ويربى الصدقات﴾ البقرة ـ ٢٧٦ : أى يزيد المال الذى أخرجت منه الصدقة٠

(لسان العرب ٣٠٤/١٤ وإرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم ٢٦٧/١)

المنافع على ما كانت من قبل، ومنفعة السفل كانت بينهما في الأصل، وكذلك العلو، ومنفعة السفل من حيث المعنى على الضعف من منافع العلو؛ لأن منافع العلو تفوت بفوات العلو وبفوات السفل، ومنافع السفل تفوت بفوات السفل ولا تفوت بفوات، العلو فصار منافع السفل من حيث البقاء على الضعف من منافع العلو،

ولأن الأصل عند أبي حنيفة أن صاحب السفل ينتفع بسفله على ظاهره، وله أن يتسفل فينتفع بباطنه، وصاحب العلو ينتفع/بعلوه على ما هو، وليس له أن يتعلى[١٤٥أ] فينتفع بالزيادة عليه، فصار للسفل منفعتان، وللعلو منفعة(١) ، والإفراز إنما يكون اعتبارا بكمال المنفعة؛ لأنها متى فاتت لم يكن إفرازا على ما قلنا، ولكن يكون

١ ـ قال في بدائع الصنائع (٢٧/٧) بعد ذكر قولهم مختصرا في المسألة : «والخلاف في هذه المسألة بين أبي حنيفة وبين أبي يوسف مبنى على الخلاف في مسألة أخرى، وهي أن صاحب العلو ليس له أن يبنى على العلو من غير رضا صاحب السفل وإن لم يضر بصاحب السفل من حيث الظاهر عند أبي حنيفة،

وعند أبي يوسف : له أن يبنى إن لم يضر البناء به،

ووجه البناء : أن صاحب العلو إذا لم يملك البناء على علوه عند أبي حنيفة - رحمه الله - كان للعلو منفعة واحدة، وهي منفعة السكنى فحسب، وللسفل منفعة السكنى ومنفعة البناء عليه، وكذا السفل كما يصلح للسكنى يصلح لجعل الدواب فيه، فأما العلو فلا يصلح إلا للسكنى خاصة، فكان للسفل منفعتان، وللعلو منفعة واحدة، فكانت القسمة عنده على الثلث والثلثين، وعند أبي يوسف لما ملك صاحب العلو أن يبنى على علوه كانت له منفعتان أيضا، فاستوى العلو والسفل في المنفعة، فوجب التعديل بالسوية بينهما في الفرع،

وأما محمد فإنما اعتبر القيمة ؛ لأن أحوال البلاد وأهلها في ذلك مختلفة، فمنهم من يختار السفل على العلو، ومنهم يختار العلو على السفل، فكان التعديل في اعتبار القيمة والعمل في المسألة،»

ثم أضاف وقال : «والعمل في المسألة على قول محمد - رحمه الله - وهو اختيار الطحاوى - رحمه الله -،

ويحتمل أن أبا حنيفة إنما فضل السفل على العلو بناء على عادة أهل الكوفة من اختيارهم السفل على العلو، وأبو يوسف إنما سوى بينهما على عادة أهل بغداد لاستواء العلو والسفل عندهم، فأخرج كل واحد منهما الفتوى على عادة أهل زمانه،

ومحمد بنى الفتوى على المعلوم من اختلاف العادات باختلاف البلدان،

فكان الخلاف بينهم من حيث الصورة لا من حيث المعنى، والله سبحانه وتعالى أعلم»

الإفراز من حيث المنفعة بالتسوية إلا ذراع ذراعين كثوب ذى طاقين وثوب ذى طاق فقسمت بينهم، فإنه يجب كل ذراع من ذى طاقين بذراعين من ذى طاق، فيكون على الطريقة الأولى مسألة مبتدأة، حيث اعتبر أبو حنيفة المنفعة، وهما اعتبرا العين،

وعلى الطريقة الثانية يكون بناء على الأخرى ؛ فإن المذهب عندهما أن لصاحب العلو أن يزيد على علوه فتعلى كما لصاحب السفل أن يتسفل،

— * —

مسـألة

[الخلاف في حكم التقسيم إذا استحق البعض من نصيب أحد المقتسمين]

دار بين رجلين اقتسماها نصفين ثم استحق النصف من نصيب أحدهما شائعا(١) لم تبطل القسمة عند أبى حنيفة، ولكن يخير المستحق عليه إن شاء رد الباقى، واقتسموا ثانيا وإن شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق، ولم ينقض الأول.

وقال أبو يوسف : انتقضت القسمة

وقول محمد مضطرب(٢)

فأبو يوسف يقول : القسمة للإفراز، وحين استحق جزء شائع من نصيب أحدهما تبين أن لا إفراز فكانت باطلة كما لو استحق الغائب التصرف من النصيبين جميعا.

١ ـ ذكر القدورى في مختصره (١٠٦/٤) أن الاختلاف هنا في استحقاق بعض بعينه، أشار إلى ذلك صاحب الهداية (٣٧٣/٨) ثم قال : «وهكذا ذكر في الأسرار، والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما، فأما في استحقاق بعض معين لاتفسخ القسمة بالإجماع، ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق، فهذه ثلاثة أوجه»
والظاهر أن هذه الإحالة إلى الأسرار وقعت سهوا كما أشار إليها شراح الهداية، لأن المسألة مذكورة في الأسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غيره مرة ـ كما هو المشاهد ـ.
(راجع العناية ٣٧٣/٨-٣٧٤، ونتائج الأفكار ٣٧٣/٨-٣٧٤ واللباب في شرح الكتاب ١٠٦/٤)
قال في الكفاية (٣٧٣/٨-٣٧٤) : «ذكر الخلاف في الأسرار في استحقاق بعض بعينه كذا هنا وقع سهوا؛ لأن المسألة في الأسرار في استحقاق بعض شائع، والمذكور فيه : «دار بين رجلين اقتسماها نصفين ثم استحق النصف من نصيب أحدهما شائعا...»»

٢ ـ قال في اللباب في شرح الكتاب (١٠٦/٤) : «ذكره أبو سليمان مع أبى يوسف وأبو حفص مع أبى حنيفة، وهو الصحيح»
وذكره صاحب بدائع الصنائع (٢٤/٧) مع أبى حنيفة، وذلك يؤيد ترجيح صاحب اللباب.

وأبو حنيفة يقول : بأن الاستحقاق لم يوجب شيوعا في نصيب الآخر فلا تنتقض القسمة به كما لو استحق بيتا بعينه من نصيب أحدهما.

وهذا ؛ لأنها للإفراز وحين لم يثبت للمستحق شيوع في نصيب الآخر بقى معنى الإفراز فى حقه بعد الإستحقاق فلم يتبين أن المعقود عليه من القسمة، وهو الإفراز كان فائتا. وإذا لم يتبين الفوات لم يثبت فساده ولكن وقع فيه خلل في حق المستحق عليه حيث لم يتم له الإفراز؛ لأنه يحتاج ألى قسمة أخرى مع المستحق فخير طلبا لرضاه. فإن شاء نقض القسمة حتى لا يحتاج الى القسمة مرتين، ولا يتفرق نصيبه وإن شاء تحمل الضرر.

فأما إذا استحق النصف من النصيبين فقد تبين أنه لا افراز فكان المعقود عليه فائتا ، ففسدت القسمة.

مثاله : إذا اشترى شيئا فاستحق بعضه لايبطل البيع أصلا ولكنه يخير؛ فإن تبين أنه كان حرا بطل؛ لأنه تبين أنه لا معقود عليه.

فخرجت مسائل القسمة كلها على اعتبار أن القسمة إفراز وأن معنى الإفراز معقود عليه.

— * —

وعلى هذا يخرج :

مسـألة

[من باب الوصايا]

دار بين رجلين أوصى أحدهما لرجل يثبت منها بعضه ثم مات وقاسم الوارث شريك الميت، فإن وقع البيت في حصة الميت أمر بتسليمه إلى الموصى له من الثلث، وإن وقع في نصيب الشريك أمر بتسليم مثل ذرعان البيت إليه،

وعند محمد يستحق الموصى له نصف البيت أو مثل نصف ذرعانه قال ؛ لأنه أوصى له بالبيت والنصف له والنصف لغيره، ولم ينعقد له فيه سبب ملك فلم يصح ايجابه الى ذلك الملك، وإن ملكه من بعد بسبب أحدثه كما إذا أوصى بالدار كله ثم اشتراها، وههنا إنما ملك النصف بسبب حادث وهو القسمة، فأما النصف الذى كله له فيصح به الوصية لقيام ملكه إذا ملكه عينا وإن وقع في نصيب الآخر أمر بتسليم مثل ذرعان نصف البيت؛ لأنه ملك هذه الذرعان بسبب ملك نصف البيت فصحت الوصية فيها لقيام السبب كما إذا أوصى بغلة نخلة ولا غلة ثم خرجت، فإن الوصية صحيحة؛ لأن سبب الملك كان قائما، وهو ملك النخلة،

ولايشكل هذا بحنطة بين رجلين، أقر أحدهما لرجل بقفيز غير عين وأنكر الآخر فاقتسما، فإن المقر له يشارك المقر في نصيبه بقدر القفيز لابنصف قفيز؛ لأنه أقر أنه شريكهما بقدر قفيز، وصح اقراره في حقه؛ لأنه اخبار فيصح في حقه، وإن كان لايصح في ملك الغير، فإن من أقر بشيء ثم ملكه أخذ به فيجعل كل قفيز بينهما على زعمه ليمكنهما المقاسمة فالآجر لما أنكر فقد استوفى أكثر من حقه فى زعم المقر، فصارت الزيادة كالتساوى فيملك على الشركة والباقى بينهما يبقى على الشركة على ما هو الأصل في الأموال المشتركة،

فأما هذا فوصية وإيجاب، ولابد لصحة الوصية من ملك أو سبب ملك في الموصى به فيصح،

وكذلك في مسألتنا هذه، إذا أقر أحدهما ببيت بعينه لرجل مكان الوصية كان الجواب في الظاهر على الاتفاق على ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف، فإنه لم يذكر في كتاب الاقرار خلافا والخروج عنها،

لمحمد : ماذكرنا أنه لما أقر بالبيت فقد أخبر أنه له، فصح الأخبار به وإن لاقى ملك الغير؛ لأن صحة الخبر لايعتمد ملكه كالشهادة فإن وقع الكل في نصيبه باقسمة أمر بالتسليم إليه، وإن ملك بسبب مبتدأ حكما بصحة الخبر في غير ملك،

وهذا كما لو أقر بالكل ثم اشترى النصف الباقي، وإن وقع في نصيب الآخر شاركه في مثل ذرعانه؛ لأن الإقرار بالبيت كان صحيحا فى حقهما على ما مر، وقد وصل إليه مثل ذرعانه بسبب ذلك البيت الذى ترك عليه، فكان صاحب البيت أولى بها غير أنه يضاربه بمثل ذرعان البيت ولا يأخذها كاملة؛ لأن من زعمها أنها حق الآخر في نصف الدار وراء البيت إلا أن الآخر لما أنكر وأخذ النصف من الجملة فقد أخذ زيادة/(على)(١) حقه ؛ لأن حقه النصف وراء البيت فصارت الزيادة [٤١٥ب] كالتساوى فيهلك عليهما وما يبقى يبقى عليهما جميعا ففارق الاقرار الوصايا من حيث أنه يصح في ملك الغير حتى يؤاخذ به المقر متى صار يتناول ملكه، والوصايا لايصح إلا بملك أو بما انعقد به سبب الملك،

ومنهم من يقول بأن مسألة الإقرار على الاختلاف ؛ لأنه لما أقر بالبيت والنصف له والنصف لغيره لم يصح في حق الشريك المنكر حتى لايدخل عليه

١ ـ غير موجود في نسخة (ب)

شريكا ثالثا، فيحتاج إلى قسمين، فلما قاسم ووقع البيت في نصيب الشريك (المنكر)(١) صار متلفا النصف الذى كان له بالقسمة فضمن والنصف الآخر لم يكن له ولا دخل في ملكه فلا يضمن، إلا أن هذا واهى؛ لأنه لو كان كذلك لضمن نصف البيت قيمته ؛ لأنه لايضمن بالمثل عند الإتلاف كما إذا اتلف دار إنسان بالشهادة عليه ثم رجع، فإنه يضمن القيمة فحيث جعله شريكا في مثله ذرعانا علمت أنه إنما صحح الاقرار فيما ينفرز بالقسمة، وهو البيت أو مثل ذرعانه فيؤاخذ بكله،

إلا أنا نقول : بأن القسمة افراز لعين الحق وليست بمبادلة مبتدأة بدليل ما ذكرنا في أول الكتاب،

وكذلك قال محمد في كتاب الشفعة فيمن اشترى نصف دار وقاسم البائع ثم حضر الشفيع لم تنقض قسمته؛ لأنه قبض عين حقه وما اشترى،فتبين أنه بالقسمة قبض عين حقه وإنها افراز لحقه الشائع حكما وليست بمبادلة،

ولهذا قيل : إن مطلق القسمة يتضمن المسيل والحقوق بخلاف الشراء، فإن الحقوق لايدخل تحتها حتى يذكر ؛ لأنها ليست من المبيع، والقسمة إفراز لما كان وإنما كان النصيب لحقه ما تقرر، كذلك مالم ينقطع بالشرط،

ولهذا لاتجب الشفعة في القسمة ؛ لأنها ليست بمبادلة جديدة ولكنها تعيين تقديم الملك، ولا شفعة فى قديم الملك،

ألا ترى أنها افراز في المكيل والموزون بلا خلاف حتى إذا اشترى (رجلان) مكيلا ثم اقتسماها ما باع كل واحد منهما نصيبه على ما اشترى ولو تخلفت مبادلة بينهما لم يجز، ويقدر على القسمة بغير رضا (الآخر)(٢)؛ لأنه يستوفى عين حقه

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

بمنزلة الوديعة فلا يحتاج إلى الرضا، فكذلك فى غير المكيل والموزون لقيام العلة وهى القسمة ؛ لأنها وضعت للإفراز لغة وشرعا على ما مر وقيام المحل وهو العين المشترى الذى يقبل الإفراز،

ألا ترى أن البيع لما كان مبادلة في غير المكيل كان كذلك في المكيل ألا أنه فى (غير)(١) المكيل والموزون أحتيج إلى الرضا عند القبض ؛ لأنه لابد من تفاوت وإن قل يقع بين النصيبين، ويمنع الإفراز ؛ لأن نصيبه مثل الآخر من غير تفاوت فاحتيج إلى الرضا أو القضاء ليسقط حكم ذلك التفاوت، فاذا رضى أو جاء القضاء سقط التفاوت والتحق بالذى لاتفاوت بينهما ولم يجز أن يبيع نصيبه بعد القسمة مرابحة ؛ لأن التفاوت كان مانعا من أن يكون افرازا، وإنما سقط اعتباره ضرورة تحقيق معنى القسمة، فأما التفاوت فقائم على الحقيقة، ولما قام وكل نصف غير المشترى صار بمعنى ما لو اشتراهما، كذلك بعد الإفراز، ولو اشتراهما بعد الإفراز بثمن واحد انقسم عليهما على قدر القيمة،ولم يجز بيع أحدهما مرابحة،

فكذلك لما صار بمعنى ذلك ثبت شبهة القسمة على قدر القيمة، والشبهة يمنع بيع المرابحة على ما مر في البيوع،

فأما في المكيل والموزون فلا تفاوت بينهما بعد الافراز فلم يتغير بالقسمة كما لو اشتراهما كذلك مفرزين بثمن واحد، فله أن يبيع أحدهما بنصف الثمن،

وكذلك على هذا قالوا في عدل زطى أخذه الكفار منا ثم دخل تاجران فاشترياه من الكفار وأخرجوا إلينا واقتسماه، ثم غاب أحدهما (فحضر المالك

١ ـ غير موجود في نسخة (ب)

القديم ليأخذ من المالك الحاضر، فإنه يأخذ النصف)(١) الذى عنده نصفه بربع الثمن، والنصف بنصف قيمة الآخر ؛ لأن النصف من هذا كان له في الأصل قبل القسمة (والنصف الآخر صار بالقسمة)(٢)، والقسمة إنما تثبت قسمة وإفرازا بتراضيهما على ما قلنا فعمل فى حقهما، فأما في حق المالك فلم يثبت فصار بيعا جديدا النصف بالنصف، فلذلك أخذه بقيمة ذلك النصف،

فإن قيل : القسمة إفراز في الأصل إلا أن هذا المحل لايقبل الإفراز لما ذكرنا أنه لابد من أدنى تفاوت، غير أنا لا نعتبره في حق ما بينهما ضرورة، إذ لو اعتبر لما أمكن القسمة وهى مشروعة، وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، فلم يعتبر في حق الشريكين فجعل إفرازا فى حقهما مبادلة جديدة في حق غيرهما إذ لا ضرورة والموصى له ثالث، ولكن مع هذا لم تجب الشفعة بالقسمة، وإن كان الشفيع ثالثا ؛لأن الشفعة أوجبت له دفعا للضرر عن نفسه من حيث لايلحق بالمالك لم يكن قبل البيع والشراء، ولو أوجبنا الشفعة بالقسمة لتضرر به المالك ضررا لم يكن ؛ لأن نصف الدار كان له، والتعيين بالقسمة كان حقا له، فلو وجبت الشفعة بها لما ملك نصيبه بالقيمة فيتضرر به من حيث يمتنع عليه تعيين ملكه القديم الذى لم يملك الشفيع الإضرار به في ذلك الملك،

وعلى هذا تأويل ما قاله محمد في كتاب القسمة والشفعة،

ولهذا لم يجز بيع أحد النصيبين مرابحة ؛ لأنها تجرى مع ثالث،

١ ـ ما بين القوسين في نسخة (أ) و (ب) : «فحضر المالك الحاضر منهما أخذ النصف» وما أثبتناه من مقابل نسخة (ب)

٢ ـ غير موجود في نسخة (ب)

وكذلك مسألة العدل الزوطي، وهي مذكورة في الزيادات ؛ لأن المأخوذ منه إنما يأخذها لمكله القديم، وإن أضر بالتملك الثاني من حيث استحقاق ملكه عليه، فأمكن أن يعتبر القسمة بيعا/جديدا في حقه، وإن تضرر به ؛ لأنه ملك الاضرار به في [١٤١٦] هذا الملك بعينه حيث ملك الأخذ منه بغير رضاه، وذكر مسألة الكر بعدها مقام العدل،

وأجاب : أن للمالك الأصلي أن يأخذ النصف الذي وجده بنصف الثمن ؛ لأنه إفراز من كل وجه، وقد يتغير حكم العقد بالمحل، فإن الإعارة إذا لاقت الدور وما ينتفع بمنافعها يكون تمليك المنفعة، وإذا لاقت المكيل والموزون، وما لا منفعة له كان تمليك العين،

قلنا : لما ثبت أنها إفراز في حقهما على ما بينا ثبت أن حقه عند الوصية ما يتعين بالقسمة والإفراز، وذلك البيت أو مثل ذرعانه ؛ لأن البيت متى أخذه الشريك كان عين حقه حكما فمثل ذرعانه (بإزائه)(١) يكون عين حق هذا الموصى أيضا، فثبت أن حقه ما يتعين بالافراز من البيت أو مثل ذرعانه،

وتسمية البيت تسمية لما يتعين له من عينه أو مثل ذرعانه من ملكه القائم للحال بلا خلاف،

فإن محمدا يقول : بأن الموصى له يستحق نصفه أو مثل نصف ذرعانه، ولو تعلق بالعين لما استحق مثل نصف ذرعانه، وإنما استحق القيمة على ما مر،

١ ـ غير موجود في نسخة (ب)

إلا أنه يقول : ملكه القائم نصف البيت، والنصف الآن (يملكه)(١) بسبب مبتدأ،

فإذا أثبتنا بالدلالة أنه يملك الكل في الثانى أو مثل ذرعان الكل لا بسبب مبتدأ،ولكن بالملك القائم حال الوصية بما ذكرنا أن القسمة إفراز وتعيين للملك الذى كان شايعا صحت الوصية بذلك كله لقيام الملك أو سبب الملك وهو الشركة حتى تعين له هذا بذلك السبب،

ألا ترى أنه إذا أوصى بغلته القائمة صحت، وكذلك إذا أوصى بما يغل نخله العام يصح أيضا،

وكذلك إذا أوصى بعبد اشتراه على أن البائع بالخيار ثم سقط الخيار يصح لقيام السبب صورة، دل عليه إجماعهم أنه إذا وهب الشائع الذى يحتمل القسمة لايصح، فلو قاسم وسلم مفرزا صح، ولو جعل ذلك غير ما وهب لما صح كما إذا أوهب الدار جملة ثم اشترى النصف الباقى وسلم بخلاف ما إذا أوصى ببيت من حمام مشترك بينهما، فإنه لايستحق الموصى له إلا نصف الثلث ؛ لأن حق الموصى متعين في النصف من البيت، وليس بدائر ؛ لأنه لايحتمل القسمة ليتوقف الأمر على ما يتعين له بالقسمة،

ألا ترى أنها لو خربت حتى وقعت القسمة ضمن الموصى له إن وقع ذلك البيت فى نصيب الآخر قيمة نصفه، لا مثل الذرعان، وكذلك فى الإقرار،

— * —

١ ـ فى نسخة (ب) : «يملك»

مسـألة من الهبة

يخرج على هذا :

[الخلاف فى حكم هبة المشاع فيما يحتمل القسمة]

قال أصحابنا : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تجوز.(١)

وقال المخالف(٢) : جائز(٣) ؛ لأن كله يقبل الهبة وكذلك بعضه.

دليله : ما لا يحتمل القسمة.

ولأن البعض الشائع يقبل البيع فيقبل الهبة(٤) ، ويملك بالقبض الذى ينقل الضمان في باب البيع.

دليله : المغرز

ولأن الشائع يملك بالبيع الفاسد عندكم، فكذلك بالهبة؛ لأن الفاسد يوجب الملك مع القبض كالهبة.

ولأنكم قلتم فيمن دفع إلى رجل ألف درهم، نصفه مضاربة ونصفه قرضا وسلم إليه صح، وملك نصيب القرض. والقرض تبرع ابتداء ويوجب الضمان عند القبض كالهبة بشرط العوض على أصلكم فلا معنى للفرق بينهما.

إلا أنا نقول : إن القبض (يشترط)(٥) ليصير العقد ناقلا للملك فى أصل الوضع كقبول المشترى يشترط ليصير قول البائع ناقلا للملك. فكان القبض فى باب الهبة كالقبول فى باب البيع.

١ ـ يرجع للمسألة بدائع الصنائع ٦/١١٩-١٢١ والعناية ٧/٤٨٧-٤٩١

٢ ـ يعنى الشافعى رحمه الله.

٣ ـ اختلاف العراقيين (الأم ٤/٦٢) والمهذب ١/٤٥٣ وروضة الطالبين ٥/٣٧٣ قال فيه : «فتجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره وسواء وهبه للشريك أو غيره.»

٤ ـ القاعدة عند الشافعية : كل ما جاز بيعه جازت هبته وما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته. وهذا هو الغالب عندهم مع بعض الاستثناءات من هذا الضابط.

(راجع للمزيد من المعرفة إلى المهذب ١/٤٥٣، ومغنى المحتاج ٢/٣٩٩ وروضة الطالبين ٥/٣٧٣)

٥ ـ غير موجود في نسخة (أ) و (ب)

ولذلك قالوا : بأنه يملك القبض بغير إذن فى المجلس مالم ينه، ولايملك بعد المجلس إلا بايجاب مبتدأ، فإذا كان القبض نازلا منزلة القبول ثم لم يقع الملك إلا عند تمام القبض كما لا يقع إلا عند تمام القبول حتى إذا كان المشترى مكرها لم يقع الملك بقبوله،

وكذلك إذا اشترط الخيار على أصلى،

والقبض فى المشاع المحتمل للقسمة إنما يتم بالقسمة على ما بينا : أن القسمة إفراز وتعيين للحق، فإذا كان حقه فى المشاع الذى يحتمل القسمة ما يتعين بالقسمة لم يكن القبض تاما قبل التعيين لأجل الجهالة،

الدليل على أن القسمة من القبض : أن المشترى يملك مطالبة البائع بالقسمة قبل القبض، ولا حق له قبل البائع إلا فى التسليم والإقباض بخلاف ما لا يحتمل القسمة ؛ لأن حقه متعين، كذلك شائعا فلم يكن له تمام وراء ذلك، وإنما يعتبر التمام بقدر الإمكان،

ألا ترى أن أحدهما لايملك مطالبة الآخر بالقسمة ؛ لأنها مبادلة جديدة فلا يجبر عليها إلا بسبب ثبت عليه، ولا يملك المشترى مطالبة البائع بذلك القسمة بحق العقد،

فأما البيع الفاسد فالقبض شرط ليجب ضمان العقد، ثم الناقل للملك العقد الموجب للضمان من غير أن يكون القبض عنه شرطا لإيجاب الملك وضمان العقد لايتعلق (بالرفض إنما يتعلق)(١) بأدنى ما يكون،

واستدلال آخر : أن حقه(٢) ما يتعين بالقسمة، وذلك مجهول فى الحال

١ ـ ما بين قوسين فى نسخة (ب) : «با ثم قبض يتعلق»

٢ ـ أى حق المشترى

منعت تلك الجهالة فيه من أن يكون البيع سببا للملك ويمنع قبول المشترى مع الجهالة من أن يكون شرطا لتصحيح إيجاب البائع بخلاف القبض من باب البيع الفاسد ؛ لأنه شرط لأن يجب ضمان العقد لو كان علة للضمان لم تمنع الجهالة صحتها كما فى غصب ما لا نعلمه ونجهل مقداره، فكذلك لا تمنع أن يكون شرطا.

وأما الهبة بشرط العوض فينعقد / كذلك تبرعا، كان القبض فيه شرطا لإيجاب [٤١٦ب
الملك ؛ لأن العقد لم ينعقد لإيجاب الضمان لما انعقد تبرعا فمنعت الجهالة صحة ذلك القبض شرطا للملك على ما مر.(١)

وأما القرض الذى ذكره فإنما صحت فى مسألة المضاربة ؛ لأنه لاشيوع فى ذلك القبض عى أصلى؛ لأن القرض عندى إعارة على ما ثبت فى كتاب الصرف فى إبطال الأجل فى القرض(٢). وقبض العارية يقع على ملك الغير لاستيفاء المنفعة منه.

وكذلك قبض المضاربة يقع على ملك رب المال لاستيفاء المنفعة منه. إلا أن العارية لتمليك المنفعة من عينها لا بالتصرف فيه. ولا منفعة للدارهم وارء العين فيملكها بالقبض مقام المنفعة ، والمضاربة لتمليك المنفعة من حيث التصرف، والدراهم يملك التصرف بها دون ملك عينها كالوصى وغيره، فلا يملك العين.

فأما فى الابتداء فالقبض يقع على نمط واحد ثم يختلف الحكم بعد ذلك لاختلاف حكم المنفعة التى جعلت له بالعقد. وإذا وقع على نمط واحد لم يتمكن الشيوع.

١ ـ رجع ص : ٧٨ـ٧٩

٢ ـ راجع كتاب الصرف ٢/٢٠٤

دل عليه : أن الهبة لو أوجبت الملك فى المشاع قبل القسمة لملك الموهوب له مطالبته بالقسمة، وهى من القبض - على ما بينا - فيصير ضامنا له بالعقد أكثر مما يتبرع به؛ لأن القبض موجب بالعقد والقسمة منه، فيحال إليه ٠ فلا يجوز أن يلزمه بالعقد ذلك كما لم يوجب الملك قبل القبض حتى لايضمن التسليم به فليزمه ما لم يتبرع به (ولا يلزمه)(١) مسألة القرض مع المضاربة حيث صححنا فى المشاع٠ والقرض تبرع لما ذكرنا : أن اليد ثم تقع جملة لا شيوع فيه فى الابتداء فيتم القبض من غير أن يوجب القسمة على المقرض بحكم العقد٠

حتى قال أبو يوسف : المستقرض لايملك القرض بالقبض، وإنما يتصرف فيه بحكم الإباحة٠

وإذا كان كذلك لم يمكن ملك العين فيه من موجب العقد٠ فالقسمة التى يجب حكما بالمالك لايكون مضافا إلى العقد أيضا٠

فأما البعض فقد قبل الهبة عندنا(٢) حتى إذا أفرز ثم سلم صحت الهبة٠ ولو وقع فاسدا فى الابتداء لما انقلب جائزا بالتسليم إليه كهبة الحمل فى البطن والدهن في السمسم(٣) ، لما فسد لم يصح بالتسليم إليه إلا على وجه هبة مبتدأة٠

١ ـ فى نسخة (أ) : «ولايلزم»

٢ ـ أى هبة البعض جائزة عند أبى الحنيفة٠

٣ ـ إنما لاتصح هبة ما فى البطن والدهن فى السمسم - كذلك الزيت فى الزيتون والدقيق فى الحنطة واللبن فى الضرع -؛ لأن الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوما حالة العقد، لهذا لم تجز بيعها فلا تجوز هبتها٠

(بدائع الصنائع ١٢٦/٦ والهداية ٤٩١/٧-٤٩٢)٠

وههنا يصح غير ابتداء حتى لو وكل الموهوب له بالقسمة والقبض بناء على ملك الهبة صح عندنا، فثبت أنه على أصلنا إنما يفسد لقصور يقع فى شرط الملك، وهو القبض، وهو معدوم فى البيع، وفى المشاع الذى لايحتمل القسمة، لما ذكرنا أن حقه يتعين كذلك شائعا.

وإجماع الصحابة لما ذهب إليه أصحابنا(١) : عن أبي بكر الصديق (رضي الله عنه) أنه لما حضرت الوفاة قال لعائشة : «إن كنت وهبت لك جداد(٢) عشرين وسقا (٣) من مالى بالعالية، وإنك لم تكونى قبضتيه ولا حزتيه، وإنما هو مال وارث.»(٣)

١ ـ أى من أدلة ما ذهب إليه أصحابنا فى فساد هبة المشاع : إجماع الصحابة.

٢ ـ «جداد عشرين وسقا » : نخلا يقطع منه مقدار عشرين وسقا من التمر.

يقال : جد النخل يجده ، إذا صرمه وقطع ثمره.

« وهذا زمن من الجداد والجداد» مثل الصرام والقطاف.

(الصحاح ٤٥٤/٢ ولسان العرب ١١٢/٣ والمغرب ١٣٤/١)

قال في المغرب (١٣٤/١) : «وفى حديث أبي بكر - رضى الله عنه : أنه نحل عائشة جداد عشرين وسقا. والسماع : جاد عشرين وسقا. وكلاهما مؤول. إلا أن الأول نظير قولهم : هذه الدارهم ضرب الأمير. والثاني نظير قولهم : عيشة راضية.

والمعنى : أنه أعطاها نخلا يجد منه مقدار عشرين وسقا من التمر.»

وقال فى اللسان (١١٢/٣) بعد ذكر الحديث : «وتأويله : أنه كان نحلها فى صحته نخلا كان يجد منها كل سنة عشرين وسقا. ولم يكن أقبضها ما نحلها بلسانه. فلما مرض رأى النحل وهو غير مقبوض غير جائز لها. فأعلمها أنه لم يصح لها وأن سائر الورثة شركاؤها فيها.»

٣ ـ الأثر :

أخرجه الإمام مالك فى الموطأ - فى كتاب القضاء / باب مالا يجوز من النحل (٧٥٢/٢) عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت : إن أبابكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغا به، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلى غنى بعدى منك، ولا أعز على فقرا بعدى منك، =

أبطل لعدم الحيازة، والحيازة فى اللغة : جمع الشيء المتفرق، وإنما يكون ذلك بالقسمة،

ألا ترى أنه ذكر عدم القبض ، وعندك لا يكون عدم القسمة، والحيازة علة تبطله،

وأبوبكر - رضى الله عنه - جعله علة بإنفرادها ؛ لأنه أفرد لها كلمة نفى على حدة ولم يجمعه الى عدم القبض ، فيصير كل بنفسه علة كما تقول : «والله لا أكلم فلانا وفلانا» لايحنث حتى يكلمهما جميعا، ولو قال : «ولا فلانا»(١) حنث أيهما كلم،

وعن عمر - رضى الله عنه - : «مابال أحدكم ينحل ولده (نحلا)(٢) لا يحوزها ولا يقسمها ... الخبر ألى آخره،»(٣)

= وإنى كنت نحلتك جاد عشرين وسقا، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقتسموه على كتاب الله،

قالت عائشة : فقلت : يا أبت، والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هى اسماء، فمن الأخرى ؟

فقال أبوبكر : ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية»

أى أنثى وسميت أم كلثوم، (نصب الراية ١٢٢/٤)

وأخرجه أيضا عبدالرزاق فى مصنفه، فى كتاب الوصايا / باب النحل (١٠١/٩-١٠٢) عن معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها، وبسنده عن القاسم بن محمد بن أبي بكر

١ ـ فى نسخة (أ) : «ولا ولا فلانا»

٢ ـ المكتوب : «نحلى»

٣ ـ الأثر :

أخرجه الإمام مالك فى الموطأ - فى كتاب الأقضية / باب مالا يجوز من النحل (٧٥٣/٢) عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبدالرحمن بن عبد القارى،

وعبدالرزاق فى مصنفه - وفى كتاب الوصايا / باب النحل (١٠٢/٩) عن معمر عن الزهرى عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة وعن عبدالرحمن بن عبدالقارى، =

والاستدلال على نحوه ما مر(١)

وعن عثمان : أنه جعل الحيازة شرطا فى الهبة لولده الصغير(٢) ؛ يعنى القسمة ؛ لأن القبض حاصل بنفس العقد ؛ لأن الأب يلى عليه، والشىء فى يده.

وعن على فيمن وهب ثلث كذا أو ربع كذا ؛ قال : «باطل مالم يقاسم.»(٣)

فثبت أبطلها بالشيوع ؛ لأنه رفعه بالقسمة، ولو كان لأجل الجهالة لقال : «مالم يعلم»

= ولفظ مالك رحمه الله : «أن عمر بن الخطاب قال : ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا، ثم يمسكونها، فإن مات ابن أحدهم قال : مالى بيدى، لم أعطه أحدا، وإن مات هو، قال : هو لابنى و قد كنت أعطيته إياه.

من نحل نحلة فلم يحز ها الذى نحلها حتى يكون إن مات لورثته، فهى باطل.»

١ ـ أى على نحو ما مر فى أثر أبى بكر رضى الله عنه.

٢ ـ الأثر :

أخرجه مالك فى الموطأ ـ فى كتاب الوصية / باب ما يجوز من النحل (٧٧١/٢) عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال : «من نحل ولدا له صغيرا لم يبلغ أن يحوز نحله، فأعلن ذلك له وأشهد غليه ؛ فهى جائزة ، وإن وليها أبوه.»

وعبدالرزاق فى مصنفه ـ فى كتاب الوصايا / باب النحل (١٠٣/٩) عن معمر عن الزهرى عن ابن المسيب، ولفظه : «سعيد بن المسيب قال : فلما كان عثمان شكى ذلك إليه فقال عثمان : نظرنا فى هذه النحول ؛ فرأينا أن أحق من يحوز على الصبى أبوه.»

٣ ـ الأثر :

ذكره فى بدائع الصنائع (١٢٠/٦) عن على رضى الله عنه أيضا. وهو مروى عن ابن شبرمة عند عبدالرزاق عن معمر قال : سألت ابن شبرمة عنه ـ أى عن النحل ـ فقال : «إذا سمى فجعل له مائة دينار من ماله فهو جائز. وإن سمى ثلثا أو ربعا لم يجز القسمة.»

(مصنف عبدالرزاق ـ كتاب الوصايا / باب النحل ١٠٨/٩)

وعن ابن عباس : «لاتجوز الهبة إلا مقبوضة مقسومة»(١)

وأما ما روى عنه : «إذا أعلمت الصدقة جازت» فمعناه : الصدقة الموقوفة ليكون توفيقا بين الروايتين. ألا ترى أنه لم يشترط الإقباض، وفى الصدقة المملوكة الإقباض شرط.

وعن شريح(٢) : «لاتصح الصدقة إلا مقبوضة مقسومة.»(٣)

١ ـ الأثر :

أخرجه البيهقي في سننه - كتاب الهبات / باب شرط القبض فى الهبة (١٧٠/٦) فقال : روينا عن عثمان وابن عمر وابن عباس - رضى الله عنهم - أنهم قالوا : «لاتجوز الصدقة حتى تقبض.»

قريبا من لفظ ما ذكر المؤلف رحمه الله أخرج أبو يوسف فى الآثار (ص :١٦٣) عن أبى حنيفة عن حماد عن إبراهيم النخعى أنه قال فى الهبة والصدقة : «لاتجوز إلا مقبوضة معلومة»

وقال : لا أدرى كان إبراهيم لا يجيز حتى يعاين الشهود القبض أم لا.»

وأخرج البيهقى - فى كتاب الهبات / باب شرط القبض فى الهبة (١٧٠/٦) بطريق قتادة عن يحيى بن يعمر عن أبى موسى الأشعرى قال قال عمر بن الخطاب رضى الله عنهما : «الإنحال ميراث مالم تقبض»

٢ ـ سبق ذكره وترجمته رحمه الله فى الجزء الثانى ص : ٣٠١

٣ ـ الأثر :

رواه أبو يوسف عن أبى حنيفة عن الهيثم عن شريح «أنه كان لا يجيز الصدقة إلا صدقة مقبوضة.»

والبيهقى فى سننه - كتاب الهبات / باب شرط القبض فى الهبة (١٧٠/٦) قال : «وعن معاذ بن جبل وشريح أنهما كانا لا يجيزانها حتى تقبض.»

فإن قالوا : روى عن أنس مثل قولنا.(١)

قلنا لهم : وأنس لا يقلد، ولا يجوز معارضته بهؤلاء بلا خلاف بيننا وبينكم، وعلى أنا روينا الألفاظ مفسرة، وهذه رواية مجملة لا لفظ فيها ليتأمل فيها، ولا يجوز معارضة المفسر بالمبهم، والله أعلم.

— * —

تم كتاب القسمة بحمد الله ومنه

— * * * —

١ ـ أثر أنس - رضى الله عنه.

أخرج البيهقى - فى كتاب الهبات / باب ما جاء فى هبة المشاع (١٧١/٦) بطريق قتادة عن النضر بن أنس قال نحلنى أنس نصف داره، قال : فقال أبو بردة : «إن سرك يجوز لك فاقبضه ، فإن عمر بن الخطاب قضى فى [الإنحال] أن ما قبض منه فهو جائز ومالم يقبض فهو ميراث.

قال : فدعوت يزيد الرشك فقسمها.»

كتاب الغصـــب

كتاب الغصـــــــب(١)

بسم الله الرحمن الرحيم

جمع محمد بن الحسن بين الغصب والإتلاف وبدأ بالغصب.(٢)

فيحتاج إلى : معرفة حد الغصب وشرطه وحكمه.

١ ـ الغصب :

في اللغة : أخذ الشيء ظلما وقهرا

وهو من : غصب الشيء يغصبه غصبا ، واغتصبه، فهو غاصب والجمع : غصاب.

والشيء غصب ومغصوب.

(لسان العرب ٦٤٨/١ والمصباح المنير ٤٤٨/٢ والمغرب ١٠٥/٢)

وأما فى الشرع : هو أخذ مال متقوم محترم على سبيل المجاهرة بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك ـ إن كان في يده ـ أو يقصر يده ـ إن لم يكن في يده ـ .

(مستفادا من تعريف الهداية وبدائع الصنائع والمحيط البرهانى)

فقوله : «متقوم» احتراز عن الخمر ونحوها مما ليست بمتقومة

وقوله : «محترم» احتراز عن مال الحربى فى دار الحرب ؛ فإنه غير محترم.

وقوله : «على سبيل المجاهرة » لاخراج السرقة، فإن الفرق بين الغصب والسرقة فى الشرع إنما يكون بأن كان الغصب على سبيل الجهار والتغلب ، والسرقة على سبيل الخفية والاستسرار.

وأما قوله : «بغير إذن المالك » للاحتراز عن الوديعة.

وأما قوله : «على وجه يزيل يد المالك» فإنه لبيان أن إزالة يده لابد منها عند الحنفية كما يأتى ذكره وذكر الخلاف فى ذلك وثمرة هذا الخلاف ومناقشة المسألة.

وأما الفائدة من قيد «أو يقصره» فإنه لئلا يخرج على تعريف الغصب فى الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك كما إذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو من يد المودع. فإن الغصب فى هذه الصور وإن لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه فى يده وقت الغصب إلا أنه قصّر يده عن ماله.

(بدائع الصنائع ١٤٣/٧، والهداية ٢٤٤/٨، والعناية ٢٤٤/٨، ونتائج الأفكار ٢٤٤/٨ وتكملة البحر الرائق ١٠٨/٨)

٢ ـ راجع أيضا بدائع الصنائع ١٤٣/٧)

(فصل حد الغصب)(١)

[الخلاف فى حكم زوائد الغصب]

قال أصحابنا : زوائد الغصب(٢) تحدث أمانة(٣) .

وقال الشافعى : مضمونة(٤)؛ لأنها زيادة حدثت من أصل مضمون عليه بالتعدى فتحدث مضمونة قياسا على من اصطاد ظبية من الحرم فولدت أو ازدادت فى يد بها ، فإنها تحدث مضمونة بالإجماع.

وهذا ؛ لأن ضمان الأصل لزمه للاستيلاء عليه من حيث إثبات يده عليه لنفسه بغير حق(٥) ، وهذه اليد ثابتة بعينها على الزيادة؛ لأن اليد فى حق الزيادة والأصل واحدة خاصة فى الزيادة المتصلة، فلا يتصور تمييز الوصف عن الأصل فى حق اليد.

١ ـ أى فصل الخلاف المبنى على الاختلاف فى حد الغصب.

هذا العنوان غير موجود فى نسخة (أ) مع أنه مكتوب فى نسخة (ب) فى هذا الموضع وكذلك بعد عنوان كتاب الغصب مباشرة.

٢ ـ سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة أو متصلة كالسِّمن والجَمال.

٣ ـ أى أنها ليست بمضمونة إذا لم يكن هناك تعد فيها كمنعها بعد طلب المالك.

(الهداية ٢٧٤/٨)

(يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ١٤٣/٧ والهداية ٢٧٤/٨ والعناية ٢٤٤/٨، ٢٧٤ وتكملة البحر الرائق ١٢١/٨)

٤ ـ الاصطلام ١٤١/٢أ والمهذب ٣٧٧/١ وروضة الطالبين ٧/٥، ٢٧ قال فيه : زوائد المغصوب منفصلة كانت ـ كالولد والثمرة والبيض ـ أو متصلة ـ كالسمن وتعلم الصنعة ـ مضمونة على الغاصب كالأصل، سواء طلبه المالك بالرد أم لا.»

٥ ـ قال النووى ـ رحمه الله ـ : «إثبات اليد العادية سبب للضمان وينقسم إلى مباشرة ـ بأن يغصب الشيء فيأخذه من يد مالكه ـ وإلى التسبب ، وهو فى الأولاد وسائر الزوائد ؛ لأن إثبات اليد على الأصول سبب لإثباتها على الفروع؛ فيكون ولد المغصوب وزوائده مغصوبة.» (روضة الطالبين ٧/٥)

هذا حد الغصب فى اللغة(١) ؛ فانهم كانوا يتملكون بإثبات (اليد)(٢) على مال الغير على سبيل الاستيلاء والقهر كما يحصل فى الصيد، وكانوا يسمون هذا الأخذ غصبا، فجاء الشرع وأبطل الملك به وألزم الضمان.

والذى يوضحه أن الزيادة حصلت فى يد الغاصب ويده على الأصل يد غصب، فصارت مغصوبة بالوقوع فى يد غصب كالأصل. ولأن يد المالك زائلة عن الزيادة مثل زوالها عن الأصل، وإنما زالت بسبب غصب الأصل ؛ لأنها تبع الأصل. وإزالة يد الملك بسبب الغصب موجب ضمان الملك. ولأن المال يضمن مرة بإزالة عينه بالإتلاف، ومرة بإزالة اليد بالغصب. ثم التلف موجب للضمان سواء كان بمباشرة الإتلاف أو التسبب للتلف بما هو تعد كمن حفر بئرا فماتت فيها شاة. فكذلك زوال اليد يوجب الضمان سواء كان بمباشرة الإزالة بالأخذ من صاحبه أو التسبب للزوال بما هو تعد. وغصب الأم وإمساكها تعد وسبب لحصول الزيادة فى يده أشد من حفر البئر للتلف ؛ لأن البئر قد يتلف الساقط وقد لا. وهذا السبب لابد أن تحصل الزيادة فى يده،

وكذلك من حيث العادة تمسك الأصول لتحصل الزوائد كما تكون من أهل السوائم ومن التجار، فصار إمساك الأصل سببا لحصول الزيادة فى يده حقيقة وعادة، وتلك يد استيلاء على المال لنفسه بغير حق. وإذا وقعت الزيادة فيها صار مستوليا عليها بيد نفسه بغير حق. وهو حد الغصب(٣) .

١ ـ أى إثبات اليد بالاستيلاء على مال الغير.

٢ ـ ساقط فى النسخة (أ)

٣ ـ عرف فقهاء الشافعية الغصب بعدة تعريفات والمختار عندهم: أن الغصب : هو الاستيلاء على حق الغير بغير حق.

(راجع روضة الطالبين ٣/٥ ومغنى المحتاج ٢٧٥/٢ وكفاية الأخيار ٥٥٧/١-٥٥٨)

وذلك يوافق لما ذكره المؤلف رحمه الله خلال بيان وجهتهم فى ضمان زوائد المغصوب

ولايقال : إن الزيادة لم تكن فى يد صاحبه ؛ فلا تتصور / الإزالة ، لأن سبيل [٥٢٢أ]
الزيادة قبل الغصب أن تحدث فى يد صاحبه، فبالغصب منعه (من الحدث فى يد صاحبها)(١) والمنع سبب الضمان كالغصب كما لو منع بعد الطلب وكما لو باع الولد وسلمه أو استخدمه، ولأنا نحتاج إلى إثبات الاستيلاء على المال بيد بغير حق حال عدم المالك، لا نحتاج إلى إثبات إزالة يد المالك، (ألا ترى أنه إذا بعث الولد فى حاجته أو منعه بعد طلب صار مضمونا عليه وإن لم يوجد منه إزالة يد المالك فى حق الولد فنزل المنع منزلة الإتلاف بعد الحدوث فى حق الضمان، فكذلك ههنا ينزل المنع من الحدوث فى يد المالك منزلة إزالة اليد بعد الحدوث فى يده ولو حدث الولد فى يد المالك فبإزالة الغاصب من يده ضمنه فكذلك إذا منعه عن الحدوث فى يده وجب أن يضمن)(٢)

ولا يلزم من جلس على الطريق فهبت الريح بثوب فألقته فى حجره؛ فإنه لا يحدث مضمونا ؛ لأن الجلوس على الطريق ليس (بسبب لكسب)(٣) الثوب شرعا ولا عادة، فلم يضف إليه حصول الثوب فى يده، بل أضيف إلى الريح، فلم يبق له صنع فلم يضمن، فأما ههنا فإمساك الأصل سبب لتحصيل اليد على الزيادة فيضاف إليه، فصارت اليد ثابتة بصنعه، وصنعه تعد، فصارت يدا متعدية وهذا كمن نصب شبكة وتعلق بها صيدملكه؛ لأنه ينصب لأخذ الصيد فأضيف الوقوع إلى فعله، فملك،

١ ـ ما بين القوسين غير موجود فى نسخة (أ)

٢ ـ مابين القوسين غير موجود فى نسخة (أ) وكذلك فى نسخة (ج)

٣ ـ فى نسخة (ب) : «سبب الكسب»

ولو نصب فسطاطا(١) فتعلق به صيد لم يملك ؛ لأنه لا ينصب لأخذ الصيد فلم يضف الوقوع الى فعله فلا يملك بغير صنع، وكذلك لو كان محرما (أو حلالا فى الحرم)(٢) ضمن بنصب الشبكة دون الفسطاط، فبطل قولكم : إنه حدث بغير صنع منه ؛ لأن الصنع إن عدم مباشرة فقد وجد تسببا ، وإنه كاف لإيجاب الضمان،

وقال الشافعى : إن العارية مضمونة(٣) ؛ لأن المستعير أثبت عليها اليد وإن كانت يد المعير زائلة برضاه وتسليمه وإن لم يكن المستعير متعديا، فثبت أن يد الإنسان متى ثبتت على مال الغير لنفسه بغير حق كانت موجبة للضمان عند الشافعي،

واليد ثابتة فيما نحن، فإنهما(٤) لو تنازعا فى ملك الزيادة كان القول قول الغاصب، لأنها فى يده، وهى يد نفسه ؛ لأن الغاصب ليس بحافظ على رب المال، ولما ذكرنا أن اليد واحدة فى حق الأصل والوصف الزائد، لايتصور التجزى،

ويقولون أيضا : إن الأصل مملوك لصاحبه مضمون له، ثم الملك يسرى إلى الزوائد، فكذلك(٥) الضمان،

وكذلك إذا غصب الأم حاملا، فقد وردالغصب على الأجزاء كلها والولد منها فيصير مضمونا بالغصب، فلا يصيرأمانة بالانفصال عن الأصل كالنقرة(٦) تكسر،

١ ـ الفسطاط : بيت من شعر، قال فى المغرب : «الفسطاط : الخيمة العظيمة» والجمع : فساطيط،
(لسان العرب ٣٧١/٧ والمصباح المنير ٤٧٣/٢ والمغرب ١٣٨/٢)

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ الأم ٢٤٤/٣ المهذب ٣٧٠/١

٤ ـ أى فإن الغاصب والمغصوب منه

٥ ـ أى فكذلك يسرى ضمان الزوائد،

٦ ـ النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة
يقال : نقرة ذهب أو فضة على الإضافة للبيان،
(لسان العرب ٢٢٩/٥ والمصباح المنير ٦٢١/٢ والمغرب ٣٢١/٢)

ولهذا قال الشافعي فيمن جلس على بساط الغير بقصد الاستيلاء : ضمن(١) ؛ لأنه استولى عليه بقصد الاستيلاء حتى أنه بمثله يملك الصيد ولا يملك إلا باستيلاء.

وكذلك إذا اشترى شيئا وتخلى به، فهلك ، ثم استحق، ضمن المشترى للمالك ؛ لأن التخلي بقصد القبض استيلاء على المبيع.

فصار حد الغصب عنده : يد بغير حق تثبت على المال على سبيل الاستيلاء حال عدم يد الملك.

وحد الاستيلاء : ما ثبت به الملك (لو ورد)(٢) على مباح(٣) ؛ فإنه لايملك إلا بيد مستولية عليه(٤) .

١ ـ مغنى المحتاج ٢٧٥/٢ وروضة الطالبين ٨/٥ وكفاية الأخيار ٥٥٨/١
ذكر فى ذلك فى روضة الطالبين وجهان، فقال : «لو ركب دابة غيره أو جلس على فراش غيره ولم ينقله، ففى كونه غاصبا ضامنا وجهان :
أصحهما : نعم، سواء قصد الاستيلاء أم لا.
قال المتولى : وهذا إذا كان المالك غائبا، أما إذا كان حاضرا فإن أزعجه وجلس على الفراش، أو لم يزعجه وكان بحيث يمنعه من رفعه والتصرف فيه فيضمنه قطعا.»

٢ ـ فى نسخة (ب) : «لو رود»

٣ ـ المباح : المراد به كل مالم يدخل فى ملك خاص وأذن الشارع فيه على سبيل الاستهلاك والتملك كالمياه فى البحار والأنهار ومنابعها والصيد بريا كان أو بحريا والأشجار فى الجبال غير المملوكة ونحو ذلك.
(راجع للمزيد من المعرفة الأعيان والمنافع المشتركة للعامة ص ٣)

٤ ـ الاستيلاء يعتبر من أسباب الملكية فى الفقه الإسلامى إذا ورد على مال مباح وهو قد يكون حقيقيا وقد يكون حكميا.
أما الاستيلاء الحقيقى : فهو وضع اليد حقيقة على مال مباح كأخذ الماء بإناء من الأنهار وجمع الكلأ المباح وقطع الخشب من الغابات وجمع الثمار المباحة وإمساك الصيد باليد. =

والاستيلاء يتبدل بالقصد إذا كان سببا(١) ، فإن ناصب الشبكة يصير مستوليا على الصيد بالوقوع فيها ؛ لأنه قصده، ولا يصير مستوليا بالتعقل بفسطاطه ؛ لأنه لم يقصده.

فكذلك الغاصب لايمسك الأصل إلا مستوليا عليه وعلى ما يتولد منه، فيصير (بالقصد اليد يد)(٢) استيلاء على الزوائد.

منها : وإذا دخل داره ولد لم يضمن ؛ لأنه لم يقصد ببناء الدار الاستيلاء على الولد بالدار.

= وأما الاستيلاء الحكمى : فهو وضع اليد حكميا على مال مباح. وذلك بتهيئة سبب الأخذ والإحراز كوضع إناء أو حفر بركة لجمع ماء المطر ونصب شبكة أو إرسال كلب أو طير أو حفر حفرة للإصطياد.

ومن استولى على مال مباح حقيقة أو حكما يكون مالكا مستقلا له ويخرجه عن اصل الإباحة. (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٨٦ والدر المختار ٤٦٣/٦ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢٧٤/٣ المغنى ٢٢٤/٤، والأعيان والمنافع المشتركة للعامة ص ٨٨-٩٢)

١ ـ لابد أن يكون الاستيلاء، مقرونا بالقصد ليعتبر سببا لاستملاك الأشياء المباحة.

كما لو وضع شخص إناء فى محل بقصد جمع مياه المطر فيه لكان الماء المجتمع فى ذلك الإناء ملكا له. أما مياه المطر التى تجمعت فى إناء وضعه شخص بغير قصد فلا تكون ملكا له، ويسوغ لشخص آخر أن يأخذها ويتملكها.

ولو قطع أحد الكلأ فى طرف نهر بقصد تطهير النهر وتسهيل جريان الماء فيه ووضعه على حافة النهر فيسوغ لكل إنسان أخذه واستهلاكه ؛ لأن جمع هذا الكلأ لم يكن إلا بقصد تطهير النهر، فلا يكون ملكا لمن قطعه وجمعه.

ولو اتخذ طير أو حيوان وحشى عشا فى بستان إنسان وباض أو ولد فيه فلا يكون ملكا لصاحب البستان. ولكن إذا هيأ بستانه ليبيض فيه أو يفرخ ذلك الحيوان الوحشى فجاء وباض أو أفرخ فيه فبيضه وفراخه له.

وكذلك لو وضع رجل فى محل شيئا كالشرك والشبكة لأجل الصيد فوقع فيه صيد فهو لذلك الرجل، ولكن إذا نشر شبكة لأجل جفافها فوقع فيها صيد فلا يكون له لعدم القصد ويجوز لشخص آخر أخذه. والله أعلم

(راجع للمزيد من المعرفة حاشية ابن عابدين ٤٣٩/٦-٤٦١ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢٧٦/٣ والفتاوى الخانية ٣٥٩/٣ وحاشية الصاوى ١٦٧/٢ المجموع ١٣٣/١٤-١٣٥ روضة الطالبين ٢٥٥/٣-٢٥٦ والمغنى ٥٦٢/٨-٥٦٤ والمبدع ٢٤٨/٩-٢٤٩ وغاية المنتهى ٣٦٣/٣-٣٦٤)

٢ ـ فى نسخة (ب) : «بالقصد الجديد»

ولعلمائنا : ما علل محمد بن الحسن،

قال مرة : لأنه لم يصنع فى الولد شيئا،

وقال مرة : لأنه لم يغصبه،

والمراد بالأول «صنعا» : هو غصب موجب للضمان ؛ لأن الخلاف فى ضمان الغصب، ولأن أصل الصنع موجود ، فحصول الولد فى يده مضاف إلى إمساك الأم تسببا ، حتى ضمن به(١) زوائد صيد الحرم ولايضمن إلا بصنع منه،

وكذلك يأثم بترك رد الولد، ولا يأثم إلا بتعد، ولكن صنع - هو غصب موجب للضمان - لم يوجد، فلا يجب الضمان ؛ لأن الخلاف فى ضمان يجبر ما فات من حق المالك فى ماله، لا ضمان عقد ولا جزاء فعل، وحقه فى المال ؛ إن عين المال رقبة ويدا، والفوات بفوت أصله ملكا (أو)(٢) عينا ، أو بالفوات عن يده، فيصير كالفوائت بنفسه معنى؛ لأن الانتفاع بالمال إنما يكون باليد، وليس فى مسألتنا إلا الفوات عن اليد، وهذا عمل الغصب،

فثبت أن الخلاف فى ضمان الغصب لا ضمان آخر، وإن حد الغصب الموجب الضمان ؛ استيلاء على المال بغير حق مزيل للمال عن يد صاحبه بالإخراج من يده حقيقة أو بقصر يده عما لم يكن في يده(٣) ، فيصير فائتا (بالقصر،)(٤)

١ ـ أى بالتسبب، وهو إمساك الأم،

٢ ـ فى نسخة (ب) : «و»

٣ ـ مثل من غصب من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو المودع، (راجع للتعريف وشرحه ص: ٨٧)

٤ ـ فى نسخة (ب) : «بالقصد»

وليس فى مسألتنا إخراج ؛ لأن الزوائد لم يكن فى يد المالك، ولا قصر بنفس الحدوث ؛ لأن القصر عما ليس فى يده بأن لا يبقى له التمكن من الأخذ وبنفس الحدوث فى دار الغاصب أو يد الغاصب لا ينعدم تمكن المالك من الأخذ، فإنا وإن سلمنا الاستيلاء فهو استيلاء تسببا بفعل سبق، لا بإحراز المال مباشرة كما قلت فى الشبكة، وبالوقوع فيها لا يزول تمكن المالك من أخذ الشاة، والدار دون الشبكة فى الاحراز(١) .

وهذا؛ لأنه لا فوات للمال القائم ملكه مالم تقصره يده، والضمان/ جبر للفائت [٥٢٣ب

ولهذا : عندنا لا يصير المشترى بالتخلى بالبيع غاصبا ولا يضمن للمستحق؛ لأن التخلى بنفسه لا تقصر يد المالك ؛ لأنه متمكن من أخذه مع تخلية إلا أن يحدث فعلا آخر مانعا.

ولا يجوز الاعتبار بالاستيلاء موجب ملك المباح ؛ لأنه حكم يتعين فى الصيد بالاستيلاء عليه ، فلا يشترط لتمامه التعدى إلى غيره، والضمان يجب للمالك بما فات عن يده، فيشترط لتمامه تعدى الاستيلاء إلى إفاته يده.

كذلك الجالس على البساط ؛ لأن قصر اليد لا تثبت به لقيام التمكن من أخذه مع الجلوس إلا أن يحدث فعلا، وإن كان الشيء فى يد صاحبه فبالجلوس (عليه)(٢) لا يخرج عن يده، وإنما يخرج بتنحية صاحبه عنه، وكذلك بالتخلى لا يخرج عن يد المالك، فهذا الحرف مزل القدم.

١ ـ أى فى إحراز الصيد ؛ لأن الشبكة مصنوعة لأجله وأما الدار فهى تبنى لأجل السكنى.

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

وإذا ثبت أنه يحدث أمانة لم يضمن إلا بما يضمن به سائر الأمانات، وليس هذا كصيد الحرم وزوائده ؛ لأن الضمان فيه ضمان تلف معنى ؛ لأنه بالحرم أمن صيدا كذلك، وذلك فى بعده عن أيدينا، فالوقوع فى أيدينا تلف لمعنى الصيدية، واليد ثابتة على الزوائد تسبيبا على ما سلمنا، والمسبب للتلف يضمن إذا كان متعديا فى تسبيبه، ولا يضمن إذا لم يكن متعديا كحافر البئر سواء، إلا أن التلف بالبئر حقيقى وهذا حكمى،

وأما المال فلا تلف له فى نفسه بأيدينا، بل هو يحصل بالأيدى ويحفظ، وإنما الضمان للمالك بإفاتة المال عليه عينا بالإتلاف أو حكما بإزالة المال عن يده، ولم يوجد ذلك فى الزيادة،

فأما الجواب عن الأول : فما مر من الفرق بين صيد الحرم ومال الناس،

وعن الثانى : أنا نسلم أن يده فى الزيادة والأصل واحدة، ولكن لا نسلم أنه ضمن الأصل ببقائها فى يده، وإنما ضمنها بأخذها ابتداء(١) ،

وعن الاستيلاء : أنه لا يوجب ضمان المال حتى يقصر يد الصاحب به على ما مر بخلاف ملكه، فإنه حكم يستوفى له من الصيد ، فثبت بالاستيلاء عليه غير متعد إلى ثالث،

وعن قوله: «الزيادة جعلت فى يد الغاصب »، أنك إن (كنت)(٢) تعنى: وقعت فى يد غاصبه، فغير مسلم، وإن عنيت فى يد تثبت بالغصب فمسلم،ولكن الأصل ضمن بيد غاصبة، لا بالبقاء فى يد تثبت عن غصب، فالغصب هو السبب الموجب

١ ـ أى بإزالة يد صاحبه حينما أخذ بدون رضاه

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

للضمان. واليد الثابتة به حكم الغصب لا الغصب كالملك(١) حكم البيع لا البيع. والضمان يجب بالبيع لا بالملك.

وعن فصل التسبيب فما مرت من الجواب عنه وعن قوله : ثبوت اليد على مال الغير لنفسه بغير حق سبب ضمان ، فغير مسلم إلا ان تكون يد تقصر يد المالك بغير حق لما ذكرنا، ونفس اليد لا تقصر يد المالك كاليد التى تثبت بالتخلى بالمال ونحوه.

والجواب عن فصل السراية : أن الملك ثابت فى رقبة الأم وصفة لها فيسرى إلى ما يتولد منها.

وأما الضمان فعبارة عن لزوم حق. واللزوم فى ذمة الغاصب. وإنه صفة له لا للمال. بل المال سبب له كالشركاء بألف يوجب الثمن فى الذمة لا فى المبيع. والمبيع سبب.

وإنما يقال : المال مضمون على معنى : أن فعل أداء الضمان يقع عليه ؛ لأنه هو الذى يلزمه رده كما يقال : فلان مغصوب عليه والغصب صفة الغصبان، والآخر يحل محله الفعل الذى به يقضى حق الغصب. وكما يصف العين بالحرمة ؛ لأنها محل الفعل الحرام.

ولا يشكل علينا ما اذا غصب الأم حاملا فولدت ؛ لأن الغصب إنما يوجب ضمان ما هو مال متقوم. والولد لا يعد مالا متقوما إلا بعد الولادة. وقبلها يعد عيبا فى الأمة، وزيادة فى نفس البهيمة. وتضمن تلك الزيادة إذا انتقصت بالولادة. فأما مالية الولد مقصودة فيحدث بالولادة.

١ ـ أى ملك المشترى المبيع وملك البائع الثمن.

فكذلك العارية أمانة عندنا ؛ لأن يده(١) وإن كانت لنفسه فليست بقاصرة يد المولى عن المال ؛ لأنه يثبته إثباتا لمنعه، ولا كانت مزيلة المال عن يد صاحبه ابتداء ؛ لأن صاحبه هو الذى سلمه إليه(٢) ، وإنما يجب باليد ضمان إفاتة المال عن اليد على ما مر،

فصار حرف المسألة : أن الشافعى اعتبر لضمان المال يد نفسه على مال غيره بغير حق،

ونحن اعتبرنا يدا على المال قاصرة يد صاحبه عنه ؛ لأن الضمان ضمان جبر ، فيكون بإزاء فائت، والله أعلم،

— * —

١ ـ أى يد المستعير،

٢ ـ أى سلم المال الى المستعير،

مسـألة

[الخلاف فى ضمان الزيادة المتصلة إذا باع الغاصب الأصل]

فإن باع الغاصب الأصل بالزيادة وسلم - والزيادة متصلة - واختار المولى ضمان الغاصب لم يضمنه إلا قيمة الأصل يوم الغصب دون الزيادة عند أبى حنيفة.(١)

وقال صاحباه : إن شاء ضمنه القيمة يوم الغصب(٢) ، وإن شاء ضمنه يوم البيع والتسليم ؛ لأن الزيادة كانت أمانة، فيضمن بالبيع والتسليم كسائر الأمانات. وقياسا على الزيادة المنفصلة(٣) إلا أن من شرط ضمان الزيادة المتصلة أن لا يفصلها عن الأصل بدليلين :

١ ـ صورة المسألة : إذا غصب شخص جارية قيمتها ألف درهم، فازدادت فى بدنها خيرا حتى صارت قيمتها ألفى درهم، فباعها وسلم الى المشترى فهلكت فى يده. فالمالك بالخيار : إن شاء ضمن المشترى وإن شاء ضمن البائع. وإن أختار تضمين المشترى ضمنه قيمتها يوم القبض ألفى درهم . ولا خلاف فى ذلك. وإن اختار تضمين البائع - وهو الغاصب - ففيه خلاف :

قال أبو حنيفة : ضمنه قيمتها يوم الغصب ألف درهم، وليس له أن يضمنه زيادة بالبيع والتسليم.

وقال صاحباه أبو يوسف ومحمد بن الحسن : ضمنه بالبيع والتسليم قيمتها ألفى درهم يوم القبض.

هذا فى رواية ابن سماعة عن محمد بن الحسن - رحمهما الله - كما ذكره فى بدائع الصنائع (١٤٣/٧)

وذكر محمد - رحمه الله - فى الأصل أن الزيادات المتصلة تصير مضمونة بالبيع والتسليم ، ولم يذكر الخلاف.

أى على هذه الرواية أن المالك بالخيار : إن شاء ضمن المشترى قيمتها يوم القبض ألفى درهم ، وإن شاء ضمن البائع - أى الغاصب - بالبيع والتسليم قيمتها ألفى درهم أيضا.

(بدائع الصنائع ١٤٣/٧)

٢ ـ كما فى قول أبى حنيفة فى رواية ابن سماعة عن محمد.

إلا أننى لم أجد أن غير المؤلف رحمه الله يذكر هذا القول منهما.

٣ ـ فإنها تصير مضمونة عند أبى حنيفة وصاحبيه بلا خلاف بالبيع والتسليم والمنع أو الاستهلاك أو الاستخدام جبرا

(بدائع الصنائع ١٤٣/٧)

أحدهما: أن الغصب لا يتصور عليها على الأنفراد دون الأصل، ولأنه متى ضمن الأصل من يوم الغصب ملك الأصل من يومئذ، وملك الأصل يوجب ملك الزيادة لا محالة؛ (لأنها)(١) لا تتجزأ عن الأصل ملكا ولا يتصور والملك يبقى ضمانه لغيره ، وسبيله سبيل من هشم قلب(٢) إنسان، فإنه يضمن ما فات بالهشم، ولكن من شرط استيفائه أن لا يفصله عن الأصل؛ لأن الفائت وصف القلب، والوصف متقوم بأصله غير متقوم منفردا عن أصله، فلا يمكنه التضمين منفردا، ولا قيمة له(٣) .

واحتجا فى الكتاب(٤) بأن البيع والتسليم استملاك للمبيع من طريق الحكم فيوجب ضمانا مبتدأ كالقتل ، وكما إذا اغتصب دابة قيمتها مائة ، فازدادت عنده حتى صارت تساوى مائتين ثم ركبها حتى ماتت تحته : فإنه يضمن المائتين،

والمسألة / فى كتاب الرجوع(٥) مثال لو ادعى الراكب الإجارة وأقام البينة [٥٢٥أ] على ذلك، وقضى له بها وبالبراءة عن الضمان، ثم رجع الشاهدان ضمنا(٦) للمشهود عليه قيمة الدابة يوم الهلاك ؛ لأنهما أبطلا ملكه عن ذلك القدر،

وذكر فى كتاب الغصب : أنه لو استخدمها بعد الزيادة حتى هلكت من الاستخدام ضمن قيمتها كذلك زائدة،

١ ـ غير موجود فة نسخة (أ)

٢ ـ القُلْب - بالضم - سوار غير ملوى
(المصباح المنير ٥١٢/٢ والمغرب ١٩١/٢)

٣ ـ أى ولا قيمة للوصف بدون الأصل،

٤ ـ فى نسخة (ج) : «الأصل»

٥ ـ أى كتاب الرجوع عن الشهادة

٦ ـ أى ضمن الشاهدان،

ولا إشكال أن الاستهلاك يرد على المغصوب ويكون سبب ضمان أخر، وإنما الإشكال فى كون البيع والتسليم استهلاكا.

فالدليل عليه(١) : أن من أدعى ملك شيء فشهد له شاهدان : بأن فلانا باعه منه وسلمه إليه، قضى له بالملك كما لو نصا على الملك ولو شهد بأنه كان يتصرف فيه أو كان فى يده لا يقضى له بالملك. فثبت أن البيع والتسليم إتلاف للملك حكما كالشهادة بالملك على إنسان إتلاف يضمنان بالرجوع، فالبيع والتسليم سبب، لو شهد به الشهود وبطل حق المغصوب منه به، والغصب إثبات يد، ولو شهد الشهود (باليد)(٢) لا يقضى به ولا يبطل به الملك.

ولا يلزم ما ذكر فى اختلاف يعقوب(٣) وزفر : أن الغاصب لو استخدم الجارية بعد الزيادة ثم تلفت بعد ذلك لم يضمن الزيادة عند أبى يوسف.

ويضمنها عند زفر ؛ لأنها كانت أمانة، فيضمن بالاستخدام كالولد.

وعند أبى يوسف : لا يضمن، وظاهر الرواية(٤) يدل عليه، فإنها لو هلكت قبل البيع والتسليم لم يضمن الزيادة. والظاهر من حال الغصب أنه كان يستخدمها وما غصبها إلا للاستخدام دون الحفظ على صاحبها. هذا لا يلزم ؛ لأن الاستخدام إثبات يد الاستيلاء مثل الأخذ ابتداء.

١ ـ اى على ان البيع والتسليم استهلاك.

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ هو أبو يوسف، صاحب أبى حنيفة - رحمهما الله - وهو مشهور بكنيته

٤ ـ المراد بظاهر الرواية - عند الحنفية - هو : ما فى المبسوط والجامع الكبير والجامع الصغير والسير الكبير والسير الصغير من كتب محمد بن الحسن - رحمه الله -.

(التعريفات للجرجانى ص ١٤٣ وحاشية الطهطاوى على مراقى الفلاح ص١١)

ولأن الغصب الموجب للضمان يد الاستيلاء يقصر يد صاحب المال عن المال، والقصر لا يتصور بعد ثبوت القصر بالغصب الأول مثل الأخذ ابتداء، والغصب موجبا للضمان لا يتكرر من الغاصب ؛ لأن الغصب عندنا من حيث يوجب الضمان بمنزلة البيع ؛ لأنه يفيد الملك على ما يذكر، وضمان البيع لا يتكرر ما بقى الأول وكذلك ضمان الغصب، وإذا لم يتكرر الغصب موجبا للضمان على الأصل لم يستقر إثباته على الزيادة على الإنفراد لدليلين ذكرناهما ابتداء،

فأما الإتلاف فسبب آخر غير الغصب ؛ لأن الغصب لإقامة يد المالك، وهذا لإقامة أصل الملك أو أصل العين،

ولا يلزم إذا باع وسلم وقيمة الجارية ألف درهم بأنه لا يضمن إلا بالغصب حتى يكون الاكتساب للغاصب

ولو قال المولى : «أنا اضمنه يوم البيع ليكون الإكساب لى» لم يكن له ذلك؛ لأن التعليل وقع لبيان أن الإتلاف يرد على الغصب، لا لبيان أنه متى يعمل عمله فى إيجاب الضمان وبيانه : أنه إنما يعمل إذا أفاد ولا يعمل إذا لم يفد حكما؛ لأن السبب لا يعتبر لنفسه حكما،

ولا فائدة إذا لم يردد القيمة ؛ لأن ضمان الإتلاف مثل ضمان الغصب فى أنه ضمان بدل عن المال مفيدا للملك فى المضمون، فالحكم إفادة الملك فى الأصل، والواجب بنفسه ألف درهم عند الإتلاف كما عند الغصب، فلغا اعتبار الثانى،

فأما إذا ازدادت القيمة فازداد الضمان صار مفيدا فاعتبر ومثاله من أسباب الضمان بالقول: رجل اشترى مالا بألف درهم، ثم عاد (الشراء)(١) بألف لغاالثانى،

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

وإذا أعاد بألفين اعتبر الثانى ؛ إلا أن الثانى يرفع الأول ؛ لأن محل السبب واحد، (وههنا يصح الثانى ولا يرفع الأول)(١) ؛ لأن محل الغصب غير محل الإتلاف، فلا يتدافعان، هذا كلام واضح حسن،

وأبو حنيفة يقول : إن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب كضمان الاستخدام، والنقل من موضع إلى موضع لنفسه فلا يصح سببا للضمان من الغاصب فيما غصب مدة كالاستخدام سواء للعلتين اللتين ذكرهما الخصوم،

والدليل على أنه غصب : أن الإتلاف إما أن يكون حقيقة بإفاتة العين أو حكما بإفاتة الملك، والبيع والتسليم لا يفوت عينه ولا ملكه، ولكنه استيلاء باليد كالاستخدام،

وكذلك قال أبو يوسف : إن العقار لا يضمن بالغصب ويضمن بالإتلاف بأن يجعل نهرا، أو بالشهادة على المالك لرجل حتى قضى القاضى ثم رجعا،

ثم قال أبو يوسف : إن الغاصب إذا باع عقارا غصبه وسلمه إلى المشترى لم يضمن شيئا كما لا يضمن بالغصب بخلاف القتل؛ لأنه إتلاف، والضمان أيضا غير ضمان الغصب على ما عرف،

وكذلك الهلاك من الركوب تحته ؛ لأنه يضاف إلى الركوب فيصير إتلافا، ألا ترى أن من ركب حرا بغير إذنه حتى تلف تحته ضمنه ؛ لأنه أتلفه بنقله، والحر لا يضمن بالغصب بخلاف الزيادة المنفصلة ؛ فإنها تضمن بالاستخدام (والنقل دون الأصل)(٢) ؛ لأنه منفصل عن الأصل، فيتصور فيه الغصب دون الأصل،

وكذلك ملك الأصل من (حين)(٣) الغصب لا يوجب ملك المنفصل،

والله أعلم

— * * —

١ ـ ما بين القوسين فى نسخة (أ) : «وههنا الثانى لا يرفع الأول»

٢ ـ ما بين القوسين فى نسخة (ب) : «والنقل بدون الأرض دون الأصل»

٣ ـ فى نسخة (أ) : «حيث»

فصـــــــل الشـــرط(١)

[الخلاف فى ضمان العقارات المغصوبة]

قال أبو حنيفة : العقارات(٢) لا تضمن بالغصب وهو قول أبى يوسف آخرا،

وقال أولا : يضمن - وهو قول محمد(٣) والشافعى(٤) - (استحسانا)(٥)

١ ـ أى فصل الخلاف المبنى على الاختلاف فى الشرط

وأما الشرط الذى هو سبب الخلاف : فهو الفعل فى المغصوب : فقد اشترطه أبو حنيفة وأبو يوسف، وقال محمد : ليس بشرط ،

بيان ذلك فى مسألتنا : أن الغاصب يتصرف فى المغصوب بإثبات يده وإزالة يد المالك، ولا يكون ذلك إلا بالنقل، والعقار لا يمكن نقله، وأقصى ما يكون فيه إخراج المالك منه، وذلك تصرف فى المالك لا فى العقار،

(راجع بدائع الصنائع ١٤٣/٧، ١٤٦ وتكملة البحر الرائق ١١١/٨)

إنما ذلك منشأ الخلاف بين علماء الحنفية، وأما الخلاف بينهم وبين الشافعى - رحمهم الله جميعا - مبنى أيضا على الخلاف فى اشتراط إزالة يد المالك، وذلك ليس بشرط عندهم بل يكفى إثبات اليد على المال بغير حق لاعتباره غصبا (راجع روضة الطالبين ٧/٥ وراجع أيضا الفصل السابق)

٢ ـ العقارات : جمع العقار : وهو كل ملك له أصل كالدار والضيعة والنخل،

(لسان العرب ٥٩٧/٤ والمصباح المنير ٤٢١/٢ والمغرب ٧٤/٢)

٣ ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ١٤٥/٧-١٤٦ والعناية ٢٥٠/٧ وما بعدها وتكملة البحر الرائق ١١١/٨، وذكر فيه : أن زفر - رحمه الله - أيضا ذهب إلى وجوب الضمان فى المسألة،)

٤ ـ الاصطلام ١٥١/٢ ب والمهذب ٣٧٨/١

٥ ـ غير موجود فة نسخة (أ)

واحتجوا لما روى عن النبي ﷺ (أنه قال)(١) : «على اليد ما أخذت حتى ترد»(٢)

وقال عليه السلام : «من غصب شبرا من أرض طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة»(٣)

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٢ ـ الحديث

أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال : «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

قال قتادة : ثم نسى الحسن فقال : «فهو أمينك لا ضمان عليه» يعنى العارية.

والحديث عند أبى داود - فى البيوع / باب تضمين العارية (١٩٧/٥)

وعند الترمذى - فى البيوع / باب ما جاء أن العارية مؤداة (٥٦٦/٣)

وعند النسائى - فى العارية (نصب الراية ١٦٧/٤ ومختصر المنذرى ١٩٨/٥)

وعند ابن ماجة - فى الصدقات / باب العارية (٨٠٢/٢)

وليس فى رواية ابن ماجة قصة الحسن

وفى سماع الحسن البصرى عن سمرة بن جندب رضى الله عنه خلاف كبير مشهور.

قال الترمذى فى هذا الحديث : «هذا حديث حسن صحيح»

وقوله هذا يدل على أنه يثبت سماع الحسن عن سمرة، كما ذكره الزيلعى فى نصب الراية (١٦٧/٤) والمنذرى فى مختصر سنن أبى داود (١٩٨/٥) سبق الكلام فى ذلك فى ٢ /٢٥

٣ ـ الحديث :

أخرجه البخارى ومسلم بطرق وألفاظ

راجع البخارى - كتاب المظالم والغصب / باب من ظلم شيئا من الأرض (٣١٦/١٠، ٣١٨)

وكتاب بدء الخلق / باب ما جاء فى سبع أرضين (٢٦٠/١٢، ٢٦١)

ومسلم - كتاب المساقاة / باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها (١٢٣٠/٣، ١٢٣١، ١٢٣٢)

ولفظ مسلم من طريق حرملة بن يحيى، أخبرنا عبدالله بن وهب، حدثنى عمر بن محمد ؛ أن أباه حدثه عن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل : أن أروى خاصمته فى بعض داره. فقال : دعوها وإياها. فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : «من أخذ شبرا من الأرض بغير حقه، طوقه فى سبع أرضين يوم القيامة» =

فثبت أن الغصب متصور، وضمانه فى الدنيا عرف بالحديث الأول،

وأما المعنى فيه : فإن حد الغصب إثبات يد مستولية على المال بغير (حق)(١) ناقض ما يمكن، وقد وجد إذا غصبها وزرعها ولم يبق له منازع فيها بيد أخرى،

ألا ترى إنا نملك أراضى أهل الحرب بأيدينا المستولية على / الأراضى [٥٢٢٥ظ] لا بالاستيلاء على الملاك، حتى إذا أقر الملاك ولم يسترقوا ملكت أراضيهم دونهم،

والقياس فيه : أن الأراضى أموال تملك بالاستيلاء يدا ؛ فوجب أن يضمن بالاستيلاء يدا قياسا على المنقولات،

وهذا ؛ لأن الغصب كان فى الجاهلية تملكا باليد بحكم الغلبة والاستيلاء فى كل مال، فقرر فى الشرع ذلك الحكم فيما هو مباح ، ونقل إلى الضمان فيما هو محترم لمالكه،

ولا يلزم محمدا ما قال : لا يضمن البساط بالجلوس عليه بقصد الغلبة، ويملك الصيد بمثله ، وبه يملك ملك الكافر(٢) ،

= اللهم إن كانت كاذبة فأعم بصرها واجعل قبرها فى دارها،

قال : فرأيتها عمياء تلتمس الجدر، تقول أصابتنى دعوة سعيد بن زيد، فبينما هى تمشى فى الدار مرت على بئر فى الدار، فوقعت فيها، فكانت قبرها،

(راجع لقصة سعيد بن زيد مع أروى بنت أويس الى عمدة القارىء ١٠/٣١٦-٣١٧)

وروى الحديث أيضا الترمذى - فى كتاب الديات / باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد (٤/٢٨) عن سعيد بن زيد، وقال : «وهذا حديث حسن صحيح»

ولم أقف على من رواه بلفظ : «من غصب ...»

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - لأن الصيد وملك الكافر مباحان يملكان بالاستيلاء عليهما،

أما على الأول ؛ فلأنا شرطنا الاستيلاء بأقصى ما يمكن ، وذلك فيما ينقل بالقبض عليه حتى يصير تبعا ليده قواما، وهذا الحد غير متصور فى العقار ، فحد بما يليق به من الزراعة والسكنى لنفسه،

ولا يلزم إذا دخل دار إنسان ملتجئا من حر أو برد ؛ لأن نفس الدخول يحتمل الاستيلاء وغيره ، فلا يصير استيلاء إلا بالقصد كنصب الشبكة جعل استلاء على ما وقع فيها بالقصد حتى لما لم يملك ذلك بالفسطاط لم يملك ما يفعل به بخلاف لبس الثوب، فإنه يضمن وإن قصد به دفع البرد ؛ لأن نفس اللبس أو الأخذ استيلاء؛ لأن الثوب يصير تبعا له قائما به، ولا كذلك الدار والأرض ، فإنها تقوم بنفسها فلا يجعل نفس الدخول استيلاء إلا أن يقصد به الاستيلاء ؛ لأنه صالح له،

ولعلمائنا : قوله : «من غصب شبرا من أرض طوقه الله من سبع ارضين يوم القيامة،»(١)

فمن جعل الضمان العاجل جزاء فقد زاد، وإنه لا يجوز بالقياس،

وعلل أبو حنيفة لعدم الضمان لعدم النقل ، وعلل فى كتاب الإقرار فقال؛ لأنه مما لاينقل ، وهو الصحيح والمراد بالأول هذا ؛ لأن الخلاف فى ضمان الغصب وحد الغصب الموجب للضمان فى النقل لما ذكرنا : أنه اسم لفعل يحل بالمال فيزيله عن يد مالكه، ولا تتصور إلازالة عن يد المالك بفعل فى المال إلا بالانقال عن تلك اليد ؛ لأن الشيء إذا ثبت فى مكان لا يتصور فى آخر(٢) إلا بالانتقال،

١ ـ سبق ذكره وتخريجه فى ص :١٠٥

٢ ـ أى فى مكان آخر

وكذلك من حيث المشاهدة من دخل دارا لا ينفى عنها يد المالك إلا بيد يحدثه فى المالك فيخرجه. وكذلك إن لم يكن فيها، والغصب يقصر يد المالك جانب شاء مع قيام يد االداخل إلا بأن يحدث يدا فى المالك دافعة.

ولأن الغصب بما كان نقلا لم يكن ما لا ينتقل محلا له كالبيع لما كان تمليكا للمال لم يكن ما ليس بمال محلا له ، فلم يقع موجبا لحكمه.

ولا يلزم جاحد الوديعة ؛ لأنه يضمن بالمنع(١) وفيه قصر يد صاحبه ؛ لأن صاحبه لا يتوصل إلى الوديعة بعد جحوده باليد التى كانت للمودع فى الوديعة حتى إذا كانت الوديعة بساطا لم ينقل وجلس عليه جاحدا للوديعة لم يضمن ؛ لأنه متى كان ظاهرا لم يصر به يد صاحبه مقصورة عنه بالجحود نفسه. ولا يلزم إذا ركب دابة لغيره ولم ينقلها حتى تلفت ؛ لأن ذلك ضمان إتلاف لا ضمان غصب.

ألا ترى أنه لو ركب حرا فتلف تحته ضمن . وحد الإتلاف ليس فى النقل.

ولأن الراكب (بنفس الركوب)(٢) يقصر يد صاحبه بصيرورة الدابة تبعا للراكب قياما وسيرا بالركوب نفسه، فيصير الركوب استيلاء يقصر يد المالك بلا فعل جديد يحدث فى المالك ؛ لأنه لا يتوصل إليه إلا بفعل يسمى استردادا للمال منه بخلاف الأرض ؛ لأنها لا تصير تبعا للمتصرف منها قواما وصاحبه يتوصل إليه بلا استرداد من الغاصب.

ألا ترى أن الراكب يضمن وإن ركب خوفا ولم يقصد الغصب والاستيلاء كاللابس بخلاف ساكن الدار.

١ ـ راجع أيضا الكفاية ٢٥٢/٨

٢ ـ غير موجو فى نسخة (أ)

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

فإن قيل : هذا يبطل لما ذكر فى الزيادات ؛ من وهب دارا من إنسان بما فيها من حنطة وسلم، فهلكت الحنطة ثم جاء مستحق ؛ فإنه(١) يضمن الحنطة وهو (لم ينقلها)(٢) ولم يحرك.

قلنا : لانسلم (هذه)(٣) الرواية على أصل أبى يوسف ؛ ثم إنه إشكال على الكل. فإن محمدا وافقنا أن المنقول لا يضمن بالتخلى به كما فى الشراء.

ثم الجواب، كان القاضى أبو عاصم العامرى(٤) يقول : يحتمل أنه إنما ضمن ؛ لأن يد الواهب كانت ناقلة وانتقلت إلى الموهوب له ؛ لأن قبض الهبة لا يصح بأن صارت حقا للموهوب له بعده ، بل بتسليم الواهب إليه. لأن القبض تتمة للعقد، والموجب للهبة فى الحقيقة الواهب ، فينقل إليه يده الغاصبة حكما فيضمن كالوكيل يقبض المبيع إذا قبض المبيع ونقله، فهلك ثم جاء المستحق ضمن البائع المشترى ؛ لأنه نقله بأمره، فانتقل إليه.

وعن الأول(٥) : أن الأخذ فى الحقيقة غير متصور ؛ لأن حده أن يصير المأخوذ تبعا ليده ؛ لأنه مفعول فعلة.

١ ـ أى فإن الواهب

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٤ ـ هو محمد بن أحمد القاضى أبو عاصم العامرى.

كان قاضيا بدمشق

ومن تصانيفه : المبسوط «نحو من ثلاثين مجلدا» الجواهر المضية ـ فى الكنى . رقم الترجمة ١٩٣٨، الفوائد البهية ص : ١٦٠

٥ ـ أى عن احتجاجهم بقوله ﷺ : «على اليد ما أخذت حتى ترد»

وعن الثاني(١) : أنه حجتنا ؛ لأن النبى عليه السلام جعل جزاءه وعيدا فى الآخرة لا غير، فمن زاد عليه الضمان كان نسخا، وذلك لا يجوز بالقياس،

وعلى أنه سماه غاصبا(٢) مجازا كما سمى الشرع بائع الحر بائعا مجازا

وعن الثالث(٣) : أن الاستيلاء الموجب لا يدل على الموجب للضمان لما مر من الفرق بينهما(٤) ، لأنا نحتاج للضمان إلى استيلاء يتعدى الى المالك فيقصر يده بغير حق، وفى الملك نحتاج إلى حصول يد على المال غير متعد إلى أحد، ونحن إنما أنكرنا التعدى،

— * —

١ ـ أى عن الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام : «من غصب شبرا من أرض طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة،»

٢ ـ لم أقف رواية الحديث بلفظ : «من غصب شبرا من أرض... الحديث»
اللهم إلا أن هناك رواية فى الطبرانى من حديث وائل بن حجر :
قال رسول الله ﷺ : «من غصب رجلا أرضا لقى الله وهو عليه غضبان»
(تلخيص الحبير ٥٤/٣)

٣ ـ أى عن وجه القياس

٤ ـ راجع ص : ١٠٧

مسـألة

[الخلاف فى ضمان المنافع بالغصب]

ومنها (١) : المنافع لا تضمن بالغصب(٢) خلافا للشافعى(٣) ؛ لأنا وإن سلمنا أنها أموال كالأعيان(٤) تصير المنافع التى تحدث بمنزلة الأولاد، والولد يحدث أمانة عندنا ، فكذلك المنافع.

ولأنا ذكرنا أن من شرط صحة الغصب أن يكون محله محتملا للنقل والمنافع لا تبقى زمانين فلا تحتمل النقل فلا يتصور عليها الغصب.

— * * —

١ ـ أى من مسائل الخلاف المبنى على اشتراط نقل المغصوب أو عدم اشتراطه

٢ ـ يرجع للمسألة بدائع الصنائع ١٤٥/٧، ١٦٠ والعناية ٢٨١/٨ والكفاية ٢٨١/٨

٣ ـ الاصطلام ١٤٩/٢ ب المهذب ٣٨١/١

٤ ـ قال فى الكفاية (٢٨١/٨) : «إن المنافع أموال متقومة، وهذا ؛ لأن المال اسم لما هو غيرنا، مخلوق لمصالحنا، والمنافع بهذه الصفة ، ولهذا يصلح صداقا ، والمشروع هو الإنتفاع بالمال. ألا ترى أن الإجارة من التجارة، وهى مبادلة مال بمال.

والمأذون والشريك يملك الإجارة ولا يملك مبادلة مال بما ليس بمال. والأعيان إنما كانت أموالا باعتبار ما يتعلق بها من المنافع ، ولهذا تقل مالية العين إذا قل الإنتفاع بها فإذا كانت الأعيان أموالا باعتبار منافعها فلأن يكون المنافع أموالا بنفسها أولى.

وهى متقومة ؛ لأن التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس، ولهذا يبذلون الأعيان لأجلها. ألا ترى أنها تقوم الأعيان، فاستحال أن لاتكون متقومة بنفسها.

ولأن اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا. والاعتياض عما ليس بمتقوم لا يجوز كالخمر وحبة سمسم»

فصـــــل الإتلاف

[الخلاف فى ضمان المنافع بالإتلاف]

قال علماؤنا : المنافع لاتضمن بالإتلاف.(١)

وقال الشافعى : / تضمن(٢) ، و إتلاف المنافع فى الانتفاع بالعين. [٥٢٤أ]

واحتج بقوله عليه السلام : «على اليد ما أخذت حتى ترد»(٣)

وبالفقه وهو : أنها أموال متقومة فيضمن بالإتلاف فى الجملة قياسا على الأعيان.

والدليل على أنها أموال حقيقة وحكما وعرفا.

أما الحقيقة : فلأن المال اسم لما خلق لمصالحنا من جملة ما فى العالم سوانا مما نحسه، والمنافع سوانا منا ومن غيرنا. أما من غيرنا ؛ فلأنها تبع لأصولها وقد خلقت لمصالحنا العاجلة فإن حل مصالحنا - سوى القوت - يقوم بالمنافع دون الأعيان.

وأما العرف فلأن المال اسم تقوم به التجارة فى الأسواق. والتجارة اسم لتبادل مال بمال. والأسواق قائمة بإجارة الصناع وبيع الأعيان.

وكذلك الأموال ستنمى مرة بأعيان تشترى للبيع، وخانات(٤) تبنى للإجارة. وقد تستأجر جملة ، ثم يؤاجر لطلب الربح.

١ ـ فى نسخة (ب) : «المنافع لاتضمن إلا بالإتلاف»

يرجع للمسألة بدائع الصنائع ١٤٥/٧، ١٦٠.والعناية ٢٨١/٨ وما بعدها وتكملة البحر الرائق ١٢٢/٨ واللباب فى شرح الكتاب ١٩٥/٢)

٢ ـ الاصطلام ١٤٩/٢ب

٣ ـ الحديث : سبق ذكره وتخريجه فى ص : ١٠٥

٤ ـ الخانات : جمع خان، وهو ما ينزله المسافرون

(المصباح المنير ١٨٥/١)

وأما الحكم : فلأن من ملك التجارة بإذن كالعبد المأذون له والوصى والأب يملك الإجارة.

وكذلك المذهب عندكم أن الحيوان لا يثبت دينا فى الذمة بدلا عما هو مال(١) . وثبت بدلا عما ليس بمال، ثم لا ثيبت بدلا عن المنفعة ويثبت مهرا. وكذلك المنافع تصلح مهرا. والمهر لا يصح إلا بما هو مال بالإجماع(٢) ونص الكتاب(٣) ، ولأن اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا ، ولايجوز الاعتياض عما ليس بمتقوم من نحو الخمر وحبة سمسم. ولأن القيم إنما يعرف بالرجوع إلى الأسواق. ومتى رجعنا وجدنا لها(٤) قيما متفاوتة كما يكون للأعيان. ويظهر ذلك بالاستيفاء بحكم عقد فاسد، فإنه لا يوجب إلا القيمة.

١ ـ راجع مسألة السلم فى الحيوان (٢/١٩ وما بعدها)

٢ ـ تحفة الفقهاء ١٣٦/٢ والعناية ٢٠٤/٣، والمنتقى للباجى ٢٧٧/٣، والقوانين الفقهية ص ١٣٥ والمهذب ٥٦/٢-٥٧ وروضة الطالبين ٢٦٤/٧، والمغنى لابن قدامة ٦٨٤/٦، ٦٨٧ وكشاف القناع ١٢٩/٥-١٣١

إن الخلاف فى صداق تعليم القرآن راجع إلى الخلاف فى اعتباره منفعة، تصح الإجارة عليها أم لا ؟.

٣ ـ وهو قوله تعالى : ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين. فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة. ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة إن الله كان عليما حكيما﴾(سورة النساء - ٢٤)

وقوله تعالى : ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفوا الذى بيده عقدة النكاح. وأن تعفوا أقرب للتقوى. ولا تنسوا الفضل بينكم. إن الله بما تعملون بصير» سورة البقرة - ٢٣٧

شرط عز وجل فى الآية الأولى أن يكون المهر مالا وفى الثانية أمر بتنصيف المفروض فى الطلاق قبل الدخول فيقتضى كون المفروض محتملا للتنصيف وهو المال.

(راجع للمزيد من المعرفة بدائع الصنائع ٢٧٧/٢)

٤ ـ أى للمنافع

ولا يلزم إذا غصب حرا وأمسكه لم يضمن منافعه ؛ لأن الحر فى يد نفسه ومنافعه تلفت معه، فلم يضمن لعدم إثبات يد الغاصب كما لا يضمن هو فى نفسه إذا تلف، ولا ثوبه الذى عليه حتى إذا استخدم وأتلف عليه ضمن كما إذا نزع ثوبه،

فأما العبد فيصير فى يد الغاصب مغصوبا فكذا المنفعة معه بمنزلة ولد الغصب وسائر الزوائد،

ولا يلزم إذا شم رائحة الطيب(١) ؛ لأنها غير متقومة بدليل أنه لايصح عنها الاعتياض، ولأن الرائحة ليست بمنفعة، بل بخار يفوح منه مثل دخان الحطب، ويدل عليه إجماعهم،(٢)

فمن اشترى جارية فوطءها، ثم استحقت أنه يضمن العقر(٣) ؛ لأنه أتلف منفعة البضع، وقد أتلف سائر المنافع بمنزلتها، فليضمن كذلك،

ولهذا قلنا : من زنى بحرة كرها ضمن العقر ؛ لأن الأموال سواء حال الكره وحال الرضاء، ولا يلزم إذا زنى بحرة طوعا ؛ لأن رضاها أبطل الضمان كما لو أتلف ثوبها برضاها، وتعليلنا لبيان المنفعة بمنزلة عين المال ، وقد استويا حال الرضا،

ولأنا وإن سلمنا أن المنافع ليست بمال فلا يضرنا ؛ لأنها وإن لم تكن مالا فهى متقومة شرعا بالمال، ألا ترى أنها تجب إذا استوفاها بحكم عقد فاسد،

وكذلك العقد لايصح اعتياضا عما لا قيمة له كالخمر(٤) ، ولما كانت متقومة بالمال ضمنت بالإتلاف كالأموال،

١ ـ جواب عن افتراض رائحة الطيب منفعة،

٢ ـ أى إجماع العلماء على أن الرائحة ليست بمنفعة متقومة لكى يصح فيها الاعتياض،

٣ ـ العقر : هو ما تعطاه المرأة إذا وطئت على شبهة

قال فى لسان العرب (٥٩٥/٤) : «وأصله : أن واطىء البكر يعقرها إذا افتضها، فسمى ما تعطاه للعقر عقرا ثم صار عاما لها»

وقال ابن المظفر : «عقر المرأة دية فرجها إذا غصبت فرجها»

(لسان العرب ٥٩٥/٤ والمغرب ٧٤/٢ وأنيس الفقهاء ص ١٥١)

٤ ـ إذا كانت للمسلم، أما إذا كانت للذمى فلها قيمة عندهم

ولهذا قلنا : إن شاهدين لو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا وقد دخل بها، ففرق القاضي بينهما ثم رجعا(١) ضمنا للزوج مهر المثل ؛ لأن ملك النكاح وإن لم يكن مالا فهو متقوم بمهر المثل شرعا حتى إذا دخل بها بعقد فاسد ضمن مهر المثل بالإجماع

وكذلك إذا شهدا على العفو عن القصاص وقضى القاضي به، ثم رجعا ضمنا الدية للولي ؛ لأن القصاص متقوم به شرعا بدليل : أن المريض مرض الموت إذا صالح عن القصاص على تمام الدية اعتبر من جميع المال.

وكذلك إذا عفا بعض الأولياء انقلب نصيب الباقين(٢) (مالا)(٣) لاحتباس القصاص على من عليه القصاص، فاعتبر بمال لغيره احتبس معه(٤) .

١ ـ أي رجع الشاهدان عن شهادتهما على الزوج.

٢ ـ أي الباقين الذين لم يعفوا وطلبوا القصاص

٣ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٤ ـ قال في المهذب (١٩٠/٢) : «وإن كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم سقط حق الباقين من القصاص لما روى زيد بن وهب أن عمر رضي الله عنه أتى برجل قتل رجلا، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه، فقالت أخت المقتول - وهي امرأة القاتل - : «قد عفوت عن حقي.»

فقال عمر رضي الله عنه : «عتق من القتل»

وروى قتادة - رضي الله عنه : أن عمر - رضي الله عنه - رفع إليه رجل قتل رجلا، فجاء أولاد المقتول، وقد عفا أحدهم.

فقال عمر لابن مسعود - رضي الله عنه - وهو إلى جنبه : «ما تقول : ؟»

فقال : «إنه قد أحرز من القتل.»

فضرب على كتفه وقال : «كتيف مليء علما.»

الأثر الأول : فقد أخرجه عبدالرزاق في مصنفه عن معمر عن الأعمش عن يزيد بن وهب - كتاب العقول / باب العفو (١٣/١٠) =

وكذلك إتلاف الآدمى يوجب الدية أصلا والقصاص زيادة عقوبة بمحض التعدى ؛ لأن الآدمى متقوم بالدية كالمال، ألا ترى أنها تجب حال الخطأ، فكذلك حال العمد ؛ لأن التلف فى حقه سواء.

فالشافعى جعل ماليس بمال إذا تقوم بحكم العقد أو سبب ما شرعا بمنزلة المال فى التقويم، وجعل القيمة مثلا له إذا أتلف بغير حق كالمال سواء.

ولعلمائنا : أن عمر - رضى الله عنه - حكم فيمن اشترى جارية فاستولدها(١) واستحقت برد الجارية وبرد قيمة الولد والعقر، وكان شاور فيه عليا - رضى الله عنه(٢) -،واشتهر فى الصحابة ولم يرو عن أحد رد ، فصار إجماعا، ولم يرد فيه القضاء برد قيمة المنافع، ولو كانت واجبة لما حل له الإعراض(٣) بعد ما رفعت إليه القصة، وطلب منه القضاء بما للمولى عليه.

فإن قيل : القضاء بالعقر دليل على وجوب الأجرة ؛ لأن المتلف منافع فى الأحوال كلها.

= والبيهقى فى سننه - كتاب الجنايات / باب عفو بعض الأولياء (٥٩/٨) من زيد بن وهب وزاد : «فأمر عمر لسائرهم بالدية.»

وأما الثانى فقد أخرجه - أيضا عبدالرزاق فى مصنفه - فى كتاب العقول / باب العفو (١٣/١٠)

والبيهقى فى سننه - كتاب الجنايات / باب عفو بعض الأولياء"(٦٠/٨) من طريق إبراهيم عن عمر وابن مسعود وقال : «هذا منقطع والموصول قبله يؤكده.»

ومحمد بن الحسن فى الآثار ص ١٢٩.

١ - سبق ذكر الاستيلاد ومعناه (١/ ٤٠٤)

٢ - الأثر :

أخرجه البيهقى فى سننه - فى كتاب البيوع/ باب ما جاء فيمن اشترى جارية فأصابها ثم وجد بها عيبا (٣٢٢/٥)

(راجع أيضا كتاب إعلاء السنن (١٠١/١٤-١٠٢) والأم (٢٤٦/٣-٢٤٨)

٣ - أى لما حل لعمر - كذلك لعلى - رضى الله عنهما - الإعراض عن القضاء برد قيمة المنافع.

قلنا : لا كذلك، فالعقر عندنا بمنزلة أروش الأطراف دون أجور المنافع - على ما بينا فى البيوع(١) - وبالإجماع بينهما فرق ؛ فإن العقر لايضمن بالإمساك، ولو كان بدل منفعة يضمن عندك كما ضمن بدل سائر المنافع عندك، وتبين أنه(٢) بدل العين،

والفقه فى المسألة : أن المنافع دون الأعيان فى المالية فلا تضمن بإتلافها ما فوقها من الأعيان كما لايضمن بالردىء الجيد،

وكذلك لو شهد شاهدان على رجل بدين وقضى القاضى ثم رجعا لم يملك المقضى عليه تضمين الشاهدين للحال ؛ لأنهما أوجبا عليه دينا فلا يضمنان له النقد ؛ لأنه فوق الدين فى المالية وصفا،

وهذا ؛ لأن سبب وجوبه العدوان، وإنه لا يوجب إلا المثل بنص الكتاب(٣) والسنة(٤) وإجماع الأمة،

والدليل / على أن العين خير من المنفعة : أن العين جوهر، والمنفعة عرض [٥٢٤ب والجوهر خير من االعرض فى ذاته يكثر أكثر من زيادة النقد على الدين على ما مر،

١ ـ راجع ٣٦٩/١

٢ ـ أى أن العقر

٣ ـ وهو قوله تعالى : ﴿... فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين﴾ سورة البقرة - ١٩٤

و﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به، ولئن صبرتم لهو خير للصابرين﴾ سورة النحل - ١٢٦

و﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها، فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لايحب الظالمين﴾ سورة الشورى - ٤٠

٤ ـ قال عليه الصلاة والسلام : «لاضرر ولاضرار فى الإسلام»

سبق تخريجه مطولا فى ٣٤٧/١

فبين الدين والنقد تفاوت فى صفة ذاتهما فلم يجز استيفاء الأعلى بدلا عن الأدنى إذا وجب بالتعدى، فلأن لا يجب استيفاء الجوهر بدلا عن العرض أولى وبين صفتى ذاتيهما تفاوت كثيرة.

ألا ترى أن المنفعة لا تضمن بالمنفعة لتفاوت بينهما قدرا وإن تساويا فى صفة الذات، فلأن لايجب القدر وبينهما تفاوت فى الأصل أولى.

ألا ترى أن العين تقوم بنفسه والمنفعة بغيرها فصار تبعا فى نفسه والآخر متبوعا. والتفاوت كثير بين التبع والمتبوع.

وكذلك العين تتصف ذاته بالبقاء زمانين، والمنفعة لا تتصف. وبين البقاء والفناء تفاوت عظيم.

ولأن المال اسم لما يتمول. والمنفعة المعدومة ليست بشىء وبعدما توجد لا تقبل التمول ؛ لأنها لا تبقى فلما لم تقبل التمول ضعفت ماليته ولم يضمن متلفه كالحبة من الحنطة إلا أن المنفعة نحتاج إليها لإقامة مصالحنا فجعلت مالا فى الحكم بضرورة الحاجة إليها. وذلك فيما لابد لنا منها من العقود عليها.

فأما فى حق ضمان الإتلاف فلا ؛ لأنا ننهى عن الإتلاف صيانة فلا حاجة لنا إذا إليه. وبالحاجة ظهور قيمتها وماليتها.

ولا يلزم على هذا شاهدان شهدا على رجل أنه أبرأ فلانا عن دينه، وقضى القاضى بذلك ثم رجعا ضمنا له النقد ؛ لأنهما أتلفا عليه دينا كان يتعين بالقبض فضمنا له دينا يتعين بالقبض، فما بينهما زيادة، فقد أتلفا أصل الدين وأبطلا حق القبض المعين فضمنا له دينا فى الذمة بإبطال الدين، وبإبطال حق القبض ضمنا له حق القبض منهما ليعود إلى ما كان.

ولا يلزم إذا أتلف مالا مثل له من الأموال، فإنه يضمن القيمة، وبين القيمة والمتلف أدنى تفاوت ؛ لأن الواجب بالإتلاف مثله قيمة بلا تفاوت،وإنه معلوم عندالله، ثم لزمنا الاستيفاء كذلك سقط عنا مالا يمكننا القيام به من أدنى تفاوت، وفى مسألتنا التفاوت ليس يدخل فى الإستيفاء بل فى أصل الواجب،

ولا يلزم من ضرب إنسانا فأصمه، فإنه يضمن الدية ؛ لأنه لايضمن المنفعة(١) ، بل العضو المنتفع به فحياة الأذن بسمعه، فإذا أذهب سمعه فقد أتلفه حكما كما إذا ضربه فأذهب بصره، والصورة قائمة كذلك،

ولا يلزم إذا وطء امرأة بشبهة ؛ فإنه يضمن العقر ؛ لأنه عندنا بمنزلة الأرش، والوطء بمنزلة الجرح فى إيجاب الضمان على ما عرف فى موضعه،

ولا يلزم إذا أتلف ما يسرع إليه الفساد(٢) ، فإنه يضمن الدراهم التى لايفسد؛ لأن التساوى بين المثلين يعتبر حال إقامة أحدهما مقام الآخر دون البقاء لأن البقاء بعد الإقامة ليس من شرط الغصب والعدوان، وحال الوقوع هما جميعا مما يبقيان زمانين وجوهران قائمان بأنفسهما فتفاوتهما فى الأزمنة بعد الوقوع، وذلك ليس بموجب بالغصب، فصار هدرا فى حق ضمانه كتفاوت بين المبيع والثمن من حيث ينمو المبيع من الحيوانات بنفسه دون الثمن ، لايسمى ما يحدث من زيادة ربحا فى المبيع، ولا الآخر يسمى مغبونا،

فإن قيل : الوصى يستأجر لليتيم ما يحتاج إليه بدراهم فيجوز ولو كان بينهما تفاوت لايجوز،

١ ـ أى منفعة السمع

٢ ـ مثل الخضروات والكمثرى والموز من الفواكه ونحو ذلك مما يصعب ادخاره،

قلنا : إنه يشترى العبد بالعبد وبينهما تفاوت يمنع أن يجب أحدهما بدلا عن الآخر فى ضمان الإتلاف والغصب.

فعلمت أن القليل الذى لا يعتبر عينا فى التجارات لا لحجر الوصى، وان كان يمنع ضمان التعدى والتفاوت الذى بين الجوهر والعرض لا تعد عينا فى الأسواق.

وكذلك الحجر فى خان على تقطيع واحد يؤاجر فى الأسواق بأجرة واحدة بلا تفاوت ولا تجب منفعة أحدهما بدلا على الأخرى بالإتلاف.

وهذا ؛ لأن ضمان العقود فى الأصل بنى على التراضى لا على التساوى بل على التفاوت، فالأرباح بهذا تحصل إلا أن من التجار ما حجر عليهم البيع بعين(١) مما لم يتحقق الغبن لايثبت(٢) ، وذلك قدر مالا يروج فى الأسواق.

فأما ضمان العدوان فمبنى على المثل فى أصله فما لم يجد هذا الوصف يقينا بين المتلف ومثله لايوجبه. فالمعلق وجوده بشرط لايثبت مالم يوجد بشرطه والمعلق زواله بشرط لايثبت مالم يوجد(٣) والشرط فى الوصى ما يتعارف عينا فى الأسواق.

فإن قيل : إذا أعمى إنسانا ضمن الدية، والعين وصف ويضمن موصوفا.

قلنا : العين فى نفسه جوهر قائم بنفسه إلا أن حياته باتصاله بالجملة كالرأس لايحيى إلا بالبدن على أن المضمون نقصان حل بالجملة لكنه مقدر شرعا ، وإنه

١ ـ كالمضارب

٢ ـ أى لايثبت الحجر.

٣ ـ أى مالم يوجد بشرطه

كمن خرق ثوبا ضمن ما فات من الثوب(١) .

فان قيل : لا مساواة بين العين والدية فى المالية فالعين ليست بمال.

قلنا : كان القياس أن لايجب ، وإنما وجب شرعا خلاف القياس على ما نذكر فى دية النفس ؛ فلم يجز القياس (عليه)(٢) ولا ورد نقصا للقياس على أن تعليلنا لمالين تفاوتا فقلنا : لايجب أحدهما مثلا للآخر بالإتلاف وإنه مجمع عليه.

فأما ضمان المال بما ليس بمال فباب آخر نذكره بعد هذه.

وقال محمد بن الحسن فيمن أكره رجلا بوعيد تلف حتى نذر بعتق عبد (أو ظاهر) (٣) امرأته ثم أكرهه على عين أدنى ما يجوز، لم يضمن شيئا ؛ لأنه فى الإيجاب ألزمه ضمانا (بغير)(٥) فتوى فلا يضمن ضمانا يلزم، ويحبس عليه(٦) ؛ لأنه فوقه وجوبا وفى / الإعتاق أكرهه على أداء واجب فلا يضمن [٥٢٦ أ

وكذلك الحلال إذا أكره محرما قتل الصيد حتى قتل لم يضمن المكره شيئا ؛ لأنه ألزمه ضمانا بغير فتوى.

١ ـ أى لايضمن مقدار ما خرقه فقط بل يضمن ما تسبب فوته من الثوب من الجودة والمنفعة ونحو ذلك. لذا قال فى الهداية (٢٦٨/٨) : «وإن خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته ؛ لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرق.»
(راجع للمزيد من المعرفة الهداية وشروحها ٢٦٧/٨-٢٦٨ وتكملة البحر الرائق ١١٦/٨-١١٧)

٢ ـ ساقط فى نسخة (ب)

٣ ـ فى نسخة (ب) : «فظاهر»

٤ ـ فى نسخة (ب) : «يعنى» غير واضح للقراءة

٥ ـ تعذيرا لتعرضه للناس.

فلما ثبت تعليل محمد أن التفاوت فى صفة الوجوب منع الوجوب، فالتفاوت فى صفة المالية أولى(١)

والشافعى لم يبال بزيادة ويلزم المتعدى إذا لم يكن توفير حق المتعدى عليه إلا بها(٢) .

وكذلك (قلنا)(٣) فيمن اغتصب (ساجة)(٤) فبنى عليها أنه ليس للمالك نزعها لما فيه من إبطال البناء نظرا للغاصب.(٥)

والشافعي ينزعه ولا يبالى به(٦) ، فكذلك لايبالى بما يلحقه من زيادة فى طريق استيفاء المثل.

ولا يقال : إنه يؤدى الى فتح الطريق الى إتلاف المنافع ؛ لأنا نزجرهم عن ذلك بالتعزير والحبس حتى يتوبوا كما يفعل مثله فى الشتم والإيذاء وما لاضمان فيه.

١ ـ أى يمنع صفة المالية بطريق أولى

٢ ـ أى إلا بالزيادة

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٤ ـ المكتوب فى النسخ : «ساحة» بالحاء المهملة
وأما الساجة فهى بالجيم المعجمة - وهى : الخشبة العظيمة جدا، والخشبة المنحوتة المهيأة للأساس ونحوه. (الكفاية ٢٦٤/٨ والمغرب ٤١٩/١)
والأصل أن الساج : شجر عظيم ينبت ببلاد الهند، الواحدة : الساجة، وجمعها : الساجات
قال فى لسان العرب (٣٠٣/٢) : «الساج : شجر عظيم جدا، ويذهب طولا وعرضا، وله ورق أمثال التَّرَامس الدَّيْلَمِيَّة، يتغطى الرجل بورقة منه فتكنه من المطر، وله رائحة طيبة تشابه رائحة ورق الجوز مع رقة ونعومة، حكاه أبو حنيفة.»
كان يجلب من الهند كل ساجة مُشَرْجَعَةٌ مربّعة.
(لسان العرب ٣٠٣/٢ والمصباح المنير ٢٩٣/١ والمغرب ٤١٩/١)

٥ ـ يرجع للمسالة بدائع الصنائع ١٤٩/٧ والعناية ٢٦٤/٨ والكفاية ٢٦٤/٨-٢٦٥

٦ ـ الاصطلام ١٥٣/٢أ، والمهذب ٣٧٩/١ ، قيده فيه بأن لا يكون الساج قد عفن، فإن عفن لم يؤخذ برده ؛ لأنه صار مستهلكا.
وقال فى الاصطلام لبيان وجهة الشافعية فى ذلك : «أن إدخال الساجة فى البناء عدوان محض فلا يملك به الساجة...
وهذا لأن الملك المشروع لا يثبت إلا بسبب مشروع، فإذا كان الفعل عدوانا محضا لم يملك به...»

ولهذا قلنا : من استأجر دارا بشقص دار لم يجب فيه شفعة ؛ لأنها تجب بمثل الثمن شرعا بلا زيادة ولا نقصان كمثل العدوان، وإن المنافع لامثل لها،

ولهذا قلنا فيمن آجر دار غيره غصبا : ملك الأجرة ؛ لأن التقويم بالمال لايثبت إلا بالعقد ، والعقد كان منه، فوجب له ما ثبت به كمن غصب حنطة وزرعها يملك النبات(١) ؛ لأنه نبت بزراعته وفعله، والحب آلة فيضاف الخارج الى الفعل دون الآلة،

فأما الجواب عن الأول(٢) : أن المنافع لاتتصور مأخوذة على ما مر، إنما تتصور متلفة على أن الحديث لضمان العين المأخوذ لابد له، فبالغضب يضمن عينه لا بدله وإنما يصار إلى البدل اذا عجز،

وعن الثانى(٣) : فأما على هذه الطريقة نسلم أن المنافع أموال ولكن نقول : إن العين من الأموال أفضل منها(٤) ،

وعن العرف : أن الأسواق تقوم بما يتجر فيه من الأموال وليس من شرط التجارات قيام المماثلة بين الأعواض على ما مر،

وعن الحكم : أنك استدللت بضمان العقود وما ضمانها بمبنى على المماثلة(٥) ، ونحن ما نفينا صفة المالية(٦) أصلا، وإنما نفينا المساواة(٧) ،

١ ـ ويضمن المثل،(راجع للمزيد من المعرفة بدائع الصنائع ١٤٨/٧-١٤٩)

٢ ـ أى عن الأحتجاج بقوله عليه الصلاة والسلام :«على اليد ما أخذت حتى ترد»

٣ ـ أى عن الاحتجاج بأن المنافع أموال متقومة فيضمن بالإتلاف فى الجملة قياسا على الأعيان،

٤ ـ أى من المنفعة،

٥ ـ بعد هذه الكلمة اختلاط وتكرار فى نسخة (أ) و (ب)

٦ ـ أى مالية المنفعة

٧ ـ أى المساواة بين العين والمنفعة

فأما قوله : «إن عقد المعاوضة لايرد إلا على متقوم» فلا كذلك، فإن الطلاق وما يزول به غير متقوم ويجوز الاعتياض عليه على ما نذكر بعد هذا.

(فأما)(١) الحيوان فلا يجب بدلا فى الذمة.(٢)

وكذلك المديون إذا أنكر وحلف، ثم ظفر صاحب الحق بخلاف جنس حقه من مال المديون لم يملك الأخذ عندنا خلافا للشافعى ؛ لأنه ليس بمثل له.

وعنده : يأخذ ؛ لأنه لم يقدر إلا كذلك(٣)

وهذا بخلاف من قصد مال إنسان، فإنه يحل له أن يقتله إذا لم يمكنه الدفع إلا به ؛ لأن هذا التعليل لبيان ما يجب جزاء بعد، لا لما يستباح دفعا، فالدافع ملجأ إليه. والملجىء هو الذى يوقعه فيه، فيكون هدرا فى حقه.

وعلل محمد بن الحسن فى غير موضع بأن المنافع ليست بمال. وإنما أراد بها : ليست بمال حقيقية. فالمال : اسم لما يتمول. والمنافع لاتبقى، فلا يمكن تمولها (بنفسها، وإنما يتمول)(٤) بأصولها، وجواز العقد عليها لضرورة الحاجة على ما مر، فصارت مالا فى حقها لاغير على مامر. فلا تكون مالا بأنفسها لولا الأصل.

فإن قيل : لانسلم أنها لاتتمول.

قلنا : إن التمول عبارة عن الصيانة لوقت الحاجة لا عن الانتفاع بالإتلاف، فالأكل لايسمى تمولا. والمنافع إن لم تتلف بالانتفاع كما يحدث تلفت بأنفسها، فكيف يرد عليها التمول.

١ ـ فى نسخة (ب) : «فإنما»

٢ ـ راجع للمزيد من المعرفة باب السلم ٥/١٩

٣ ـ قال فى المهذب (٢/٣١٨) : «فإن كان الذى قدر عليه من جنس حقه أخذ قدر حقه، وإن كان من غير جنسه أخذه، ولايجوز أن يتملكه ؛ لأنه من غير جنس ماله ، فلا يجوز أن يتملكه، ولكن يبيعه ويصرف ثمنه فى حقه.»

٤ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

وكذلك قالوا : من كان له نصاب زكاة من مال التجارة(١) فاستأجر به دورا للتجارة بطل الحول كما لو تزوج به امرأة أو اشترى مالا للبذلة، ولو كانت المنافع مالا حقيقة لما انقطع بها النصاب إذا أراد به التجارة، وإن كانت لايبقى سنة كما إذا اشترى بها الخضروات للتجارة ؛ لأن العبرة للقيم، وهى تبقى بالتجارة بما يبقى، إلا أن الموجود منها لما لم يحتمل البقاء بنفسها ولا بدلها فانقطع بها النصاب.

وكذلك المريض مرض الموت إذا تبرع بمنافع دوره وعليه دين يحيط به صح كما يصح من الصحيح، ولا يبطل الدين. ولو تبرع بالخضروات ضمن المتبرع عليه. وإن عاش بعده بقدر ما كانت الخضروات لاتبقى منه ؛ لأنها متقومة ، والقيم أثمان تبقى، ولو أخرجها(٢) بعوض لبقى العوض، والمنافع بمنزلها فى بقاء قميتها لو كانت متقومة وبقاء عوضها لو آجر، فلما لم يبطل بحق الغريم علم أنها غير متقومة ، وحق الغرماء (ما)(٣) يثبت فى القيم ؛ لأن أعيانها لا تستوفى بحقهم، فلما لم يكن مالا على الحقيقة أو من وجه، فالمال من كل وجه يكون أزيد، فلا يجب بدلا عنه جزاء العدوان.

وكذلك المذهب عندنا فى كل ما ليس بمال ؛ إنه لايضمن بالمال إذا أتلف على سبيل المجازات بدلا عن المتلف أصلا.

١ ـ نصاب زكاة من مال التجارة هو ما بلغت قيمته عشرين مثقالا من الذهب أو مائتى درهم من الفضة فارغا عن الدين والحاجة الأصلية وحال عليه الحول.
(راجع للمزيد من المعرفة الكتاب للقدورى ١٣٦/١، ١٤٦،١٤٧، ١٤٨ وتحفة الفقهاء ٢٦٤/١، ٢٦٦، ٢٧١، والمهذب ١٦٥/١، ١٦٦، ١٦٧)

٢ ـ أى لو أخرج الخضروات

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

منها(١) : شاهدا تحريم النكاح بعد الدخول إذا رجعا(٢) ٠

ومنها : شاهدا العفو عن القصاص إذا رجعا بعد القضاء(٣)

ومنها : قتل العمد لا يوجب الدية(٤) ٠

وقد احتج محمد بن الحسن فقال : لأن النكاح ليس بمال ٠ وذلك لما ذكرنا أن جزاء السيئة مثلها شرعا ٠ والزيادة جور لاسبيل إليه بحال٠ وما ليس بمال لايكون مثلا للمال ؛ لأن المماثلة إما أن يعتبر صورة ومعنى ليتوفر حق المتلف عليه من كل وجه، أو معنى لا صورة ؛ لأن الصورة سقطت لتعذر الوجود ، واقتصر الأمر على المعنى ، وليس بين ملك النكاح والمال تشابه صورة، فالمرأة لاتشبه الدراهم ولا معنى ؛ لأن معنى المال المالية ، وهى معدومة فيما ليس بمال٠ ألا ترى أنا فى

١ ـ أى من المسائل التى لا يضمن فيها كل ما ليس بمال بالمال إذا أتلف

٢ ـ فلا ضمان عليهما؛ لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف ؛ لأن التضمين يستدعى المماثلة، ولا مماثلة بين العين والمنفعة كما مر٠

٣ ـ فإنه لاضمان على الشاهدين ؛ لأن القصاص ليس بمال٠

قال فى بدائع الصنائع (٦/٢٨٥) : «إذا شهدا على ولى القتيل أنه عفا عن القتل وقضى القاضى ثم رجعا ، أنه لاضمان عليهما فى ظاهر الرواية ؛ لأنه لم يوجد منهما إتلاف المال ولا النفس ؛ لأن شهادتهما قامت على العفو عن القصاص، والقصاص ليس بمال٠

(راجع أيضا البحر الرائق ٧/١٣٧)

٤ ـ بل يوجب القصاص لقوله تعالى : ﴿يآ أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى، فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان٠ ذلك تخفيف من ربكم ورحمة، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم٠ ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون﴾ سورة البقرة ـ ١٧٨، ١٧٩

فإن قتل العمد لايوجب الدية ؛ لأن نفس الآدمى ليست بمال حتى يقابله مال٠ فلذا يجب القصاص عينا حتى لا يملك الولى أن يأخذ الدية من القاتل من غير رضاه (اللباب فى شرح الكتاب ٣/١٤١)

(راجع للمزيد من المعرفة بدائع الصنائع ٧/٢٤١ وتكملة البحر الرائق ٧/٢٨٨ وما بعدها)

الأموال لا نضمن الجنس بجنس آخر إلا لمماثلتهما فى معنى المالية وقد عدم فيما نحن.

وأصل ذلك : أن أحد أولياء الدم إذا عفا ، فابطل / حق الباقين فى القصاص [٥٢٦ب لم يضمن شيئا لو كان متقوما بالمال يضمن(١) كعبد بين جماعة أعتقه أحدهم.

يدل عليه : أن حقوق الله تعالى تضمن بالتفويت بأمثالها كحقوق العباد. ثم المالى منها(٢) كالزكاة والعشر إذا أتلفت الأموال التى وجبت فيها ضمنت بمثلها مالا، وما ليس بمال نحو الصوم والصلاة إذا فوتت عن وقتها (لم تضمن بالمال أصلا، وإنما تضمن بمثلها عبادة بدن إن أمكن وإلا يأخر الضمان إلى الآخرة، كما إذا أفاته الرمى فى الحج، وفاتتة الجمعة)(٣) فإنها لا تقضى بمثلها (صلاة)(٤) جمعة، بل تسقط ويجب قضاء الظهر ؛ لأن الرمى عبادة لم تشرع كل حين (فلم يعذر العبد على مثل الفائت عبادة مشروعة ، وكذا الجمعة ركعتان بخطبة قائمة مقام أربع لايوجد مشروعة للعبد كل حين)(٥) وإنما يوجد فى وقت خاص فلم يقدر على مثله فسقط أصلا إلا فى حق الإثم.

فكذلك فى حقوق العباد ماليس بمال لايضمن بالمال أصلا ويسقط أصلا فى الدنيا لما يقدر على المثل.

١ ـ راجع للتفصيل بدائع الصنائع (٢٤٧/٧) يأتى الكلام عن الآثار الواردة فى ذلك فى ص : ١٣٨

٢ ـ أى من حقوق الله

٣ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

٤ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

٥ ـ ما بين القوسين فى نسخة (ب)

ولا يلزم الدية عن النفس بقتل الخطأ ؛ لأن القياس أن لاتجب(١) ، وتعليلنا لبيان أن عين المال لاتجب أصلا وقياسا ، والدية وجبت شرعا بخلاف القياس لضرورة، وهى : أن الدم خطر عظيم، وقد ضمن بمثل هو أغلظ العقوبات، قتلا بقتل، فإذا تعذر إيجابه لمكان عذر مانع من العقوبة أوجب المال إظهارا لعظم خطره حتى لايهدر بحال فى الدنيا، فلا يهون أمر الدنيا بحال، فلم يجز القياس عليه، واقتصر الحكم على حال الضرورة كحل الميتة عند الضرورة(٢) ، وكما يضمن الصوم عند الناس(٣) عن المثل بالطعام(٤)، ولم يصر اصلا يقاس عليه غير حال الناس،

١ ـ بل ثبتت بالنص خلاف القياس بقوله عز وجل ﴿ وماكان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطئا، ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وكان الله عليما حكيما﴾ سورة النساء ـ ٩٢

٢ ـ كما جاء فى قوله تعالى : ﴿ إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه، إن الله غفور رحيم﴾ سورة البقرة ـ ١٧٣ وكما جاء فى سورة المائدة ـ الآية ٣، وسورة الأنعام ـ ١٤٥، وسورة النحل ـ الآية ـ ١١٥

٣ ـ مثل الشيخ الفانى الذى لايقدر على الصيام والعجوز الفانية (اللباب فى شرح الكتاب ١٧١-١٧٠/١

٤ ـ كما ذكر فى قوله تعالى : ﴿يآ أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون، أياما معدودات، فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من إيام أخر، وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين، فمن تطوع خيرا فهو خير له وأن تصوموا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾ سورة البقرة ـ ١٨٣-١٨٤

وكذلك المال فى حقوق الله تعالى أبدل بالصوم فى الكفارات بخلاف القياس عند العدم(١) ، ولم يصر اصلا يقاس عليه فى ضمان إتلاف المال فى الزكاة وغيره، وإنما بقى الحكم فيما ورد النص فيه بعينه، فكذلك فيما نحن فيه.

ثم النص ورد بتقويم الآدمى بالمال فى النفس المحرمة وأجزائها حال تعذر إمكان الصيانة بالقصاص فرارا عن الهدر(٢) ، وهو أن أمره فلم يجب حال إمكان الصيانة بالقصاص ووجب إذا لم يمكن.

وكذلك العقر عندنا فى حكم بدل جزء (أخذ)(٣) منها أو جرحت ولم تمكن الصيانة بالقصاص فيصان بالمال حتى إذا وجب الحد بالزنا ووقع الزجر عنه بالعقوبة لم يجب المال.

١ ـ وذلك كما جاء فى قوله تعالى ﴿ لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عَقَّدْتُمُ الأيمانَ ، فكفّارتُه إطعامُ عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام، ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم ، واحفظوا أيمانكم، كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون﴾ سورة المائدة ـ ٨٩

وفى قوله تعالى : ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا، ذلكم توعظون به ، والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله، وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم﴾ سورة المجادلة ـ ٤،٣

٢ ـ حيث قال عز وجل : ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطئا، ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله، وكان الله عليما حكيما﴾ سورة النساء ـ ٩٢

٣ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

وكذلك المهر فى نكاح الصحيح والفاسد ، يجب حال وقوع الملك عليها فإنه فى حكم ملك جزء منها دون منافعها على ما عرف. فعظم خطره فلم يشرع إلا بمال، فالتملك تلف حكمى. فالحق بالوطء فلا يجب عند إتلافه على الزوج بالحرمة ؛ لأن الملك من جانب المرأة زال عنها. ولم يملك على الرجل نفسه ليجب المال إظهارا للخطر . والوجوب فى الأصل كان إظهارا لخطر النفس بأن كانت حرة لا ملك عليها فملكت.

وكذلك لايجب عند إبطال القصاص بالشهادة ؛ لأن من عليه (القصاص)(١) برىء حيى بالعفو ، وولى القصاص لم يتلف عليه نفسه حتى يصان عن الهدر فيجب المال، فتبين بهذا الذى قلناه.

إن الشافعى جعل ضمان التلف فرعا لضمان العقد ، وضمان غير حال الضرورة فرعا لضمان يجب ضرورة. وكلاهما فاسدان ؛ لأن ضمان العقود لم يبن على المماثلة، وضمان الإتلاف يبنى على المماثلة. وحال الضرورة حكمها ابدا يكون بخلاف قياس الأصول، وكذلك أضيف إلى الضرورة أو ضرب عذر.

وتبين من مذهبنا استدلالا ونصا من أصحابنا : أن ماليس بمال لايضمن بالمال أصلا ، بل لعذر بينه الشرع فلا يتعداه ، وهو مال لايضمن بالتعدى إلا بمثله مالا. ومتى لم يمكن سقط أصلا إلا من حيث الإثم كعدوان لايوجب ضمان المال من نحو الشتم والإيذاء

فإن قيل : اذا عفى عن الدم بعض الأولياء يقوم نصيب الباقين.

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

قلنا : العافى لايضمن (ولو يقوم لضمن)(١) كما اذا أعتق بعض العبد وهو موسر وإنما يضمن القاتل ؛ لأن القتل تعذر استيفاؤه بقضاء، وموجب القتل عند التعذر لعارض مع قيام القاتل البينة كما فى الخطأ صيانة لأمر الدماء على ما مر،

فإن قيل : ولم وجب هو حق المتلف عليه بسبب زيادة تلزم المتعدى؟ وبل كان المتعدى أولى بأن يهدر صفة ماله لوجهين :

أحدهما : أنه متعد فكان أولى بإلحاق الضرر به،

والثانى : أنه إنما يهدر به وصف ماله،

وفيما قلتموه يهدر أصل مال المتلف عليه،

قلنا : بل ما قلناه أولى لوجهين

أحدهما : إن حق المتلف (عليه)(٢) لايهدر ، بل يتأخر إلى الآخرة، وذلك تأخير يحصل لا بصنعنا ، فلا يكون علينا وباله ، ولو أوجبنا مثلا زائدا كان إيجابا منا ، فيكون وباله علينا، فلا يحل لنا تعدى حد الشرع لإبقاء حق ، ولأن الزيادة جور ، وإنها لاتحل بحال ولا يجوز أن تجب شرعا،

فأما سقوط ضمان الحقوق فى الدنيا فجائز شرعا ، فدار الجزاء على الحقيقة هى الآخرة ، وإنما عجل فى الدنيا بعض الأجزية دون البعض فالمصير إلى جائز أولى من المصير الى ما لايجوز،

وقوله : «إن الغاصب ظالم ومتعد»، فالظالم فى الشرع لايجوز ظلمه إلا بقدر المختار له ، ولا يسقط حقه وراء ما ينتصف منه ، بل حقه مراعى فيما وراء المثل

١ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «ولايقوم لضمن» وما اثبتناه من نسخة (ج)

٢ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

مثل حق من لم يتعد، والكلام وقع فيما وراء المثل، وقد أجبنا عن هدر أصل حق المتعدى عليه . فإنه (لا)(١) يهدر، بل يتأخر إلى حين القدرة على المثل، والتأخير بعذر العجز أصل فى كتاب الله ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾(٢)

ولهذا قال علماؤنا : إن الموصى له بسكنى الدار إذا آجر لم تطب له الأجرة(٣) كالغاصب، وكذلك إذا آجره بأكثر مما استأجر خلافا للشافعى ؛ فإنه قال: يطيب كالعين،

إلا أنا نقول: هى ليست بمال حقيقة / فمتى أعتبرت بنفسها منفصلة عن العين [٥٢٧أ] ومال من وجه، وجهة أنه ليس بمال ، يحرم الاعتياض ، والوجه الآخر يصح، فأوجب الكراهة بخلاف ما اذا ملك العين ، ثم آجر؛ لأنا جوزناه شرعا بخلاف القياس، فلا يقاس عليه اذا ملكت المنفعة مقصودة دون الأصل؛ لأنها أبعد عن المملوك تبعا للأصل؛ لأن قوامه بالأصل، وبخلاف ماذااستأجر؛ لأن جهة المالية ترجحت بضمان الأجر، ولأن المسلمين أجمعوا على أن المستعير لا يؤاجر(٤) ،

١ ـ تكرر فى نسخة (ب)

٢ ـ سورة البقرة ـ ٢٨٠، والآية بكاملها : ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾

٣ ـ لأن الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت، فلا يملك تمليكه ببدل إعتبارا بالإعارة (الهداية ٤١١/٩)، فإذا آجره لاتطيب له الأجرة بل تكون خبيثا لتحققها بسبب عقد غير صحيح،
سبق ذكر المسألة فى كتاب الإجارات(٢٦/٢ ، ٥٢٠)

٤ ـ بدائع الصنائع ٢١٥/٦ والهداية ٤٧٠/٧ والمدونة الكبرى ٤٧٧/٤ والشرح الصغير ٥٧٠/٣، ٥٧٥ والمهذب ٣٧١/١ والمغنى لابن قدامة ٢٢٦/٥ وكشاف القناع ٧٠/٤، ٧٢
قال فى المغنى : «لانعلم فى هذا خلافا»
وقال فى بدائع الصنائع تعليلا لذلك : «لايملك الإجارة؛ لأنها عقد لازم والإعارة عقد غير لازم، فلو ملك الإجارة لكان فيه إثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم، وكل ذلك باطل،»

وإن ثبت أنه بالعارية يملك المنافع بغير عوض كما يملك الإجارة بعوض.

وكذلك لو قال : «وهبت لك سكنى دارى» لم يملك أن يؤاجر(١) ، والمنافع مما يملك بالتمليك بغير عوض كما بالوصية. فدل أنه لايملك الإجارة متى ملكها بغير عوض، وحرمة المعاوضة تدل على أنه ليس بمال.

— * —

١ ـ أن المعنى فى هذه المسائل يرجع إلى أصل مقرر عند الحنفية - كما ذكر فى العناية (٤١١/٩) وهو : «أن الشيء لايتضمن ما فوقه.»

وبعبارة أخرى : «لايملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل.»

الوصية والإعارة وهبة سكنى دار تبرعات وهى دون الإجارة؛ لأن الإجارة تمليك بمال وعقد لازم بخلاف ما ذكرت، فإنها تمليك بغير عوض وهى غير لازم.

(راجع للمزيد من المعرفة الهداية وشروحها ٤٨٧/٧، ٤٧٠/٧، ٤١١/٩ وبدائع الصنائع ٢١٥/٦)

مسـألة

[الخلاف فى ضمان جلد ميتة مدبوغ بشىء له قيمة بالإتلاف]

إذا اغتصب جلد ميتة فدبغه بشىء له قيمة(١) ثم استهلكه(٢) لم يضمن شيئا عند أبى حنيفة.

وقال صاحباه : يضمن قيمة جلد (طاهر)(٣) غير مدبوغ(٤) ؛ لأن الجلد عينه لصاحبه ولم يتبدل، والخلط الذى دبغه به حق الغاصب فيعتبر فى حق صاحبه بالوديعة شىء لاقيمة له ؛ لأن الزيادة حقه ؛ فلا يضمن لنفسه.

١ ـ قوله : «فدبغه بشىء له قيمة» للاحتراز عن دباغة بشىء لا قيمة له كالماء والتراب والشمس ، فإنه إذا دبغه بشىء لاقيمة له فلصاحب الجلد أن يأخذه ولا شىء عليه للغاصب ؛ لأن الجلد كان ملكه وبعد ما صار مالا بالدباغ بقى على حكم ملكه وليس لغاصبه فيه عين مال متقوم قائم ، إنما فيه مجرد فعل الدباغ ، ومجرد العمل لايتقوم إلا بالعقد.
ولو هلك الجلد المغصوب بعد ما دبغه بشىء لاقيمة له لا ضمان عليه ؛ لأن الضمان لو وجب عليه إما أن يجب بالغصب السابق وإما أن يجب بالإتلاف، لاسبيل الى الأول لأنه لاقيمة له وقت الغصب ، ولاسبيل الى الثانى لأنه لم يوجد الإتلاف من الغاصب.
وإن استهلكه يضمن بالاتفاق ؛ لأنه كان ملكه قبل الدباغ وبعد ما صار مالا بالدباغ بقى على حكم ملكه ، لاحق للغاصب فيه، وإتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه لاحق له فيه يوجب الضمان، (بدائع الصنائع ١٦٣/٧ والهداية ٢٨٨/٨ والمبسوط ١٢/١١)

٢ ـ قوله : «استهلكه » للإحتراز عن هلاك الجلد بدون فعل من قبل الغاصب ، كان هلك فى يده بعد ما دبغه ـ ولو بشىء له قيمة ـ لا ضمان عليه بلا خلاف ؛ لأنه لاقيمة للجلد وقت الغصب ولا هناك فعل موصوف بالتعدى وقت الهلاك ـ أى بعد ما صار للجلد قيمة ـ (بدائع الصنائع ١٦٣/٧ والعناية ٢٨٨/٨-٢٨٩)

٣ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

٤ ـ إن ما ذكره المؤلف من قول أبى يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ يوافق ما ذكره الإمام الطحاوى ـ رحمه الله ـ عنهما ـ كما فى بدائع الصنائع (١٦٣/٧)
وأما ما ذكره فى ظاهر الرواية فهو : أن على قول أبى يوسف ومحمد يضمن الغاصب قيمة الجلد مدبوغا ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه.
(يرجع إلى المبسوط ١٠٥/١١ وبدائع الصنائع ١٦٣/٧، والعناية ٢٨٨/٨-٢٨٩ وتكملة البحر الرائق ١٢٤/٨)

وكذلك إذا اغتصب خمرا فخللها(١) ثم استهلكها ضمن لصاحبها مثلا خلا(٢) .

ألا ترى أن أبا حنيفة يقول : إن الجلد قبل الدبغ لم يكن له مالية متقومة وكان مملوكا لصاحبه، وبالدبغ حدثت المالية المتقومة، والصنعة بنفسها مالية متقومة . لا يأخذ الجلد مالكه إلا بعد ما يعطيه(٣) ما زاد الدبغ فيه، ولما كانت الصنعة مالية متقومة منفصلة عن مالية الأصل - ومالية الأصل حدثت بالصنعة - صارت تبعا لمالية الصنعة من حيث حدثت بها وهو التقوم، ثم الصنعة ماليتها مضمونة بما زاد الدبغ فيه . فكذلك مالية الأصل يكون هكذا بخلاف ملك الجلد فإنه كان قبل الصنعة فلم يصر تبعا لها حدودنا، والأصل لم يتغير ولا صار مستهلكا بالصنعة فبقى على ملك المالك كالثوب بصنعة الغاصب فيملك الصنعة بملك الأصل ، فتصير تبعا له فى حق الملك ؛ لأنها صفة له ، ومن حيث القيمة يصير(٤) تبعا للصنعة ؛ لأنه حدث بها كمن غصب حنطة وزرعها ملك الزرع ؛ لأنه حدث بزراعته فأضيف إليه بخلاف الخمر المغصوبة، فإنها إن خللت بشىء لا قيمة له لم يكن للصنعة قيمة ليصير الأصل تبعا لها فيها(٥)، فيصير كالجلد يدبغ بالتراب والشمس ومالا قيمة له ، وإذا لم يصر تبعا للصنعة اعتبرت بنفسها .

وإن خللت الخمر بخلٍ ألقى فيها أو ملحٍ له قيمة ملك الخمر كلها عند أبى حنيفة بخلط لايمكن تمييزه قبل أن يصير خلا ، فلا يضمن لصاحبه شيئا .

— * —

١ ـ أى خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومن الظل إلى الشمس (العناية ٢٨٨/٨)

٢ ـ لبقاء الخل على ملك مالكه - وهو مال متقوم ؛ لأن العصير كان مالا متقوما له فإذا صار خمرا صار غير متقوم، ولكونه غير متقوم لايزول ملكه عنه ؛ لأن الملك لايفتقر إلى التقوم، فاذا زالت صفة النجاسة عاد متقوما كما كان (الكفاية ٢٨٨/٨)

(يرجع للمزيد من المعرفة إلى بدائع الصنائع ١٦٢/٧-١٦٣ والعناية ٢٨٨/٨ وتكملة البحر الرائق ١٢٤/٨)

٣ ـ أى بعد ما يعطى للغاصب الذى دبغ الجلد

٤ ـ أى يصير الثوب،

٥ ـ أى فى القيمة

مسـألة

[الخلاف فى تضمين الآت اللهو بالإتلاف]

إذا كسر الملاهى(١) ضمن عند أبى حنيفة قيمتها لا للهو(٢) ٠

وقال صاحباه : لايضمن٠(٣)

والمسالة ذكرناها فى كتاب الإجارات فى (الأجير)(٤) المشترك(٥) ، وفى المناسك فى المحرم يأخذ صيدا فيجىء آخر ويرسله من يده(٦) ، وفى الديات فيمن علق قنديلا فى مسجد فسقط على إنسان فجرحه(٧) ، فالباب واحد٠

هما(٨) غلّبا ههنا جهة المعصية

وأبو حنيفة بقّى جهة صلاحه لا للمعصية٠

فالأصل أنها (لا للمعصية)(٩)

— * —

١ ـ كالمزمار والطبل والطنبور ونحو ذلك

٢ ـ أى قيمة آلة اللهو كما فى الأمة المغنية يضمن قيمة الأمة خالصة من وصفها المغنية٠ كذلك فى الكبش النطوح والديك المقاتل ونحوهما٠

(تكملة البحر الرائق ١٢٥/٨)

٣ ـ يرجع للمسألة إلى الهداية ٢٩٣/٨ وتكملة البحر الرائق ١٢٤/٨-١٢٥)

٤ ـ فى نسخة (أ) : «أجير»

٥ ـ راجع للمسألة وتعريف الأجير المشترك ٢ / ٢٧٦

٦ ـ راجع كتاب المناسك

٧ ـ راجع كتاب الديات (١٥١أ من نسخة سرى أحمد الثالث)

٧ ـ أبو يوسف ومحمد صاحبا ابى حنيفة رحمهم الله

٩ ـ فى نسخة (أ) : «للمعصية»

فصـــــل الحكم

(مســـــألة)(١)

[الخلاف فى ضمان الأشياء التى تتفاوت فى أنفسها فى حالة العجز عن رد عينها]

إذا اغتصب حيوانا أو مالا مما يتفاوت فى أنفسها وعجز عن ردها(٢) ضمن

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٢ ـ إن للغصب فى الأصل حكمان : أحدهما يرجع إلى الآخرة والثانى يرجع إلى الدنيا،
أما الذى يرجع إلى الآخرة فهو الإثم واستحقاق المؤاخذة إذا فعله عن علم ؛ لأنه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذة ، وقد سبق ذكر قوله ﷺ أنه قال : «من أخذ شبرا من الأرض ظلما فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين» وهذا لفظ مسلم عن سعيد بن زيد (١٢٣١/٣) وفى ذلك نصوص كثيرة،
وإن فعله لا عن علم بأن ظنه أنه ملكه فلا مؤاخذة عليه ؛لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا ببركة دعاء النبى ﷺ ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾ ولقوله ﷺ : «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»
وأما الذى يرجع إلى الدنيا فأنواع :
النوع الأول : وجوب رد المغصوب على الغاصب إذا كان قائما فى يده
والثانى : وجوب رد المغصوب والزيادة المتولدة منه أصلا أو حكما على الغاصب كذلك،
والثالث : وجوب ضمان جبر الفائت على الغاصب إذا انقص المغصوب فى يده
والرابع : وجوب ضمان المغصوب على الغاصب إذا هلك أو استهلك المغصوب فى يده،
وأما كيفية الضمان : فإن المغصوب قد يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة ، وقد يكون مما لامثل له كالحيوانات والعدديات المتفاوتة،
إذا كان المغصوب مما له مثل فعلى الغاصب مثله ؛ لأن ضمان الغصب ضمان إعتداء والإعتداء لم يشرع إلا بالمثل، قال الله تبارك وتعالى : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ (سورة البقرة ـ ١٩٤)، ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية،
وإذا كان مما لا مثل له فعلى الغاصب قيمة المغصوب عند أكثر أهل العلم كما ذكر المؤلف رحمه الله،
وذهب الإمام مالك ـ رحمه الله ـ إلى أن على الغاصب ضمان مثله صورة، كما يأتى
راجع للمزيد من المعرفة بدائع الصنائع ١٤٨/٧ ومابعدها والهداية ٢٤٦/٨ وما بعدها وتكملة البحر الرائق ١٠٩/٨ وما بعدها ، والمهذب ٣٧٤/١ وما بعدها وروضة الطالبين ١٨/٥ والمغنى لابن قدامة ٢٣٨/٥ وما بعدها،

قيمتها عند عامة العلماء.(١)

وقال بعض الناس(٢) : يضمن مثلها (صورة)(٣) من جنسها معدلا بالقيمة ؛ لأنه أقرب إلى المساواة صورة ومعنى ؛ لأن المعنى فى القيم وقد عدل بينهما بالقيمة كما يعدل بالدارهم، فصار أولى من الدارهم التى تفوت فيها المساواة صورة.

وهذا لما ذكرنا : أن ضمان العدوان مثل المتلف ما أمكن(٤) ، وقياسا على المكيل والموزون.

وروى أن عائشة - رضى الله عنها - كسرت قصعة لصفية ، (فأوجب)(٥) النبى ﷺ عليها مثلها(٦) .

١ - يرجع إلى المبسوط ٥١/١١، وبدائع الصنائع ١٤٨/٧ والهداية ٢٤٦/٨ ، والمدونة الكبرى ٣٥٣/٥ ، ٣٥٦ والقوانين الفقهية لابن جزى ص : ٢١٦، ٢١٧ والمهذب ٣٧٤/١ وروضة الطالبين ١٨/٥ والمغنى لابن قدامة ٢٣٨/٥ وكشاف القناع ١٠٨/٤

٢ - ذكر فى المبسوط (٥١/١١) بأنه قول أهل المدينة، وقال فى المغنى لابن قدامة (٢٣٩/٥) بأنه حكى عن العنبرى واستدل بقصة كسر عائشة رضى الله عنها قصعة أحدى أمهات المؤمنين فدفعت مثلها.

٣ - غير موجود فى نسخة (أ)

٤ - راجع ص :١٣٦

٥ - فى نسخة (ب) «فأما وجب»

٦ - والحديث :

أخرجه البخارى فى كتاب المظالم والغصب / باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره (٣٥٧/١٠)

والترمذى - فى كتاب الأحكام / باب ما جاء فيمن يكسر له الشىء ، ما يحكم له من مال الكاسر (٦٤٠/٣) وقال : «هذا حديث حسن صحيح»

وابو داود - فى البيوع / باب فيمن أفسد شيئا يضمن مثله (٢٠٠/٥)

كلهم عن أنس بن مالك رضى الله عنه .

وروى محمد بن الحسن : أن أعرابيا أتى عثمان بن عفان فقال : إن بنى عمك عدوا على إبلى فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها.

فقال عثمان : «إذا يضمن إبلا مثل إبلك وفصلانا مثل فصلانك..» الحديث الى أن قال عبدالله بن مسعود : «أرى أن يأتى هذا واديه فيعطى ثم إبلا مثل إبله وفصلانا مثل فصلانه ، فرضى به عثمان.»(١)

ولعامة العلماء : ماروى عن النبي ﷺ أنه قال : «من أعتق شقصا له من عبد قوم عليه نصيب شريكه إن كان موسرا»(٢) ولو لم يقل ضمن مثله نصف عبد آخر. وهذا حديث مشهور مقبول بالإجماع.

وأما حديث عائشة فيحتمل الإيجاب صلحا ويحتمل أن القصعة كانت عددية متقاربة.

وأما حديث عثمان : فما كان إلا صلحا فإن ضمان تعدى بنى عمه ما كان يجب عليه(٣) .

١ ـ راجع المبسوط ٥٢/١١

٢ ـ الحديث : متفق عليه عن حديث ابن عمر رضى الله عنهما وعن أبى هريرة رضى الله عنه.
حديث ابن عمر فى البخارى - فى كتاب الشركة / باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل (٣٧٤/١٠)
وفى كتاب العتق / باب إذا أعتق عبدا بين اثنين أو أمة بين الشركاء (٤١٠/١٠، ٤١١، ٤١٢)
وعند مسلم - فى أول كتاب العتاق (١١٣٩/٢)
وفى كتاب الأيمان / باب من أعتق شركا له فى عبد (١٢٨٦/٣، ١٢٨٧)
وحديث أبى هريرة رضى الله عنه فى البخارى - فى كتاب الشركة / باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل (٣٧٨/١٠)
وفى مسلم - فى العتاق (١١٤٠/٢)
وفى الأيمان/ باب من أعتق شركا له فى عبد (١٢٨٨/٣)

٣ ـ قال فى المبسوط (٥٣/١١) بعد ذكر الأثر : «وبظاهر الحديث يستدل أهل المدينة فى أن الحيوان مضمون بالمثل عند الغصب والإتلاف. فقد اتفق عليه عثمان وابن مسعودرضى الله =

وأما المعنى فما مر أن ضمان التعدى على المال مثل ذلك المال على المساواة ، فإذا كان الشيء من العدديات المتفاوتة لم يجب إيجاب مثلها عددا شرعا ؛ لأن بينهما تفاوتا خلقة فى المالية التى هى معنى الفائت والخلف، ولأجلها يجب الضمان فيفوت شرط الوجوب فلا تجب الصورة ويجب المعنى قيمة مثلها بلا تفاوت على ما أوجب الشرع ؛ لأنه متصور وجود مثل قيمته بلا تفاوت، وإنما يقع التفاوت بعد إيجاب الشرع بتعييننا، وقد عذرنا نحن لعجزنا على ما مر بخلاف المكيلات والموزونات ؛ لأنها غير متفاوتة خلقة فأمكن إيجاب المثل صورة على شرط المساواة، فلم يترك اعتبار الصورة مع الإمكان، وحق الأول فيما أتلف فى الصورة والمعنى جميعا،

ألا ترى أنه إذا اشترى عشرة أقفزة حنطة بعشرة دراهم كان له أن يبيع القفيز منها مرابحة على درهم ؛ لأنه لا يتفاوت /بين قفزانها فوجب الإنقسام على الذات، [٥٢٧أ] وبمثله فى العبيد لايجوز له ذلك للتفاوت الذى بينهم لا يعرف قدر الواجب من الجملة قطعا،

= عنهما، إلا أنا نقول : لم يكن هذا على طريق القضاء بالضمان، وإنما كان ذلك على سبيل الصلح بالتراضى ؛ لأن المتلف لم يكن عثمان رضى الله عنه، ووجوب الضمان على المتلف، والإنسان غير مؤاخذ بجناية بنى عمه، إلا أن عثمان رضى الله عنه كان يتبرع بأداء مثل ذلك عن بنى عمه ويقول : «إن قوتهم ونصرتهم بى»

وهذا لأنه كان به فرط الميل إلى أقاربه، وإليه أشار عمر رضى الله عنه حين ذكر عثمان - رضى الله عنه - فى الشورى فقال : «إنه كلف بأقاربه»

وكان ذلك ظاهرا منه، ولهذا جاء الأعرابى يطالبه...»

ولا يلزم على هذا جواز السلم فى الثياب والمقبوض بالمسلم فيه مثله سواء ؛ لأن الصورة لم تصر حقا بالعقد لرب السلم، فالعقد ما أوجب إلا ثوبا موصوفا، وله مثل على تلك الصفة فى جملة الثياب قطعا متى سقط اعتبار العين،

ثم التفاوت بعد ذلك إنما يقع بتعييننا ذلك المثل مما عندنا فعذرنا لعجزنا عنه كما عذرنا فى تعيين قدر القيمة ، ولابد من أدنى تفاوت يقع بينهما وبين العين،

فأما الغصب والقرض فيوجبان مثل الأول صورة ومعنى ؛ لأن حق الأول كان ثابتا فيهما جميعا،

— * —

من فصل الحكم :

مسـألة

[الخلاف فى إفادة الغصب الملك عند القضاء بالضمان أو التراضى]

الغصب يفيد الملك فى المغصوب عند القضاء بالضمان (أو)(١) التراضى عليه.

وقول الناس : «ضمان الغصب يفيد (الملك)(٢) » خطأ ؛ لأن الملك يجب من حين الغصب فهو السبب عندنا(٣) كالبيع، ولا يوجب عند القضاء ببدل الأصل عند تعذر رده.

وقال الشافعى : لايفيد.(٤)

حتى إذا ظهر (المغصوب)(٥) بعد الضمان كان حقا للغاصب عندنا(٦) كما لو اشتراه، وكان حقا للمغصوب منه عند الشافعى ويرد الضمان.(٧) وذلك ؛ لأن الغصب عدوان محض ، فلا يكون سببا للملك بضمانه قياسا على الجناية.

١ ـ فى نسخة (ب) : «و»

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ) و (ب)

٣ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ٦٦/١١-٦٧ وكشف الأسرار ٢٨٥/٣ والهداية ٢٥٩/٨، ٢٦٢ ، ٢٦٣، ٢٧٢/٨ والعناية ٢٧٢/٨ والكفاية ٢٧٢/٨ وتكملة البحر الرائق ١١٤/٨، ١١٩/٨

٤ ـ الإصطلام ١٤٧/٢أ والمهذب ٣٧٥/١ وروضة الطالبين ٢٦/٥

٥ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «المغصوب منه»

٦ ـ راجع أيضا العناية ٢٧٢/٨ وتكملة البحر الرائق ١١٩/٨

٧ ـ قال فى روضة الطالبين (٢٦/٥) : «لو لم يهلك المغصوب لكن أبق أو غيبه الغاصب أو ضلت الدابة أو ضاع الثوب فللمالك أن يضمنه القيمة فى الحال للحيلولة... ولا يملك الغاصب المغصوب. فاذا ظفر بالمغصوب فللمالك استرداده ورد القيمة ، وللغاصب رده واسترداد القيمة »

ومعنى قوله : «(عدوان)(١) أنه حرام شرعا - محض ، ما فيه وجه إباحة من الوجه الذى حرم ، فإنه حرم حقا للمالك ولا إباحة فيه من ذلك الوجه، وتأثيره : أن أسباب الملك مشروعة فالمنهى عنه من كل وجه (يكون)(٢) ضده.

ولا يلزم الرجل يستولد(٣) جارية بينه وبين غيره ؛ لأن الاستيلاد هو السبب، وما يلاقى ملكه فملكه يبيح له ذلك فلم يتمحض حرمته.

وكذلك الرجل يستولد جارية ابنه ؛ لأنه جعل بمنزلة كسبه عند الحاجة(٤) وكان ذلك سببا مبيحا له. فإن لم تثبت الإباحة لمانع بقيت الشبهة وبقى التأويل.

١ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «بعد» والإثبات من نسخة (ج) ومن قول سابق.

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ سبق تعريف الإستيلاد فى ١/٤٠٤

٤ ـ وذلك لقوله ﷺ : «أنت ومالك لأبيك»

رواه ابن ماجة فى سننه - فى كتاب التجارات / باب ما للرجل من مال ولده (٧٦٩/٢)

وقال فى الزوائد : «اسناده صحيح ورجاله ثقات على شرط البخارى» (راجع أيضا نصب الراية ٣٢٧/٣)

وللحديث طرق وألفاظ (راجع نصب الراية ٣٣٧/٣. ٣٣٩)

ولقوله عليه الصلاة والسلام : «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه» وجاء فى رواية «فكلوا من كسب أولادكم»

رواه أصحاب السنن عن عائشة رضى الله عنها .

والحديث :

عند أبى داود - في البيوع / باب فى الرجل يأكل من مال ولده (١٨٢/٥-١٨٣)

والترمذى - فى الأحكام / باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده (٦٣٩/٣)

والنسائى - فى البيوع / باب الحث على الكسب (٢٤١/٧)

وابن ماجة - فى التجارات / باب ما للرجل من مال ولده (٧٦٩/٢)

وقال الترمذى فى الحديث : «هذا حديث حسن صحيح» (٦٤٠/٣)

وهذا كما قال الشافعى : إن الزنا عدوان محض فلا يفيد حرمة المصاهرة ؛ لأنها نعمة علقت بأسباب مشروعة لا محظورة محضة.(١)

وقال : إن الربا لا يوجب الملك ؛ لأنه حرام قطعا، والبيوع الموجب للملك سبب مشروع فضده لا يساويه. ويدل عليه : إذا كان المغصوب مدبرا ، فأبق ، فضمن لم يملك المدبر(٢) ، وقد ملك عليه الضمان.

وتبين بهذا ان ضمان الغصب لم يشرع مفيدا للملك إذ لو شرع لما صح بنفسه ثابتا متخلفا عن حكمه وهو الملك كضمان البيع.

وقد صح وجوب الضمان عن المدبر بدلالة أن الحكم يلزمه الخروج عنه .

ولا معنى لقولكم : «إن الأصل فى البدل والمبدل أن لايجتمعا، بل البدل يجب عند عدم المبدل»(٣) ؛ لأنا نسلم (لكم)(٤) هذا ، وضمان القيمة بدل خلافة عن الفائت بالغصب لا بدل مقابلة كالثمن ، بدليل أنه لايجب مع القدرة على الأصل.

١ ـ راجع المهذب (٤٤/٢) وكفاية الأخبار (١٠٦/٢)

قال فى المهذب : «ولا تحرم بالزنا أمها ولا ابنتها ولا تحرم هى على ابنه ولا على أبيه...»

وإن زنى بامرأة فأتت منه بإبنة فقد قال الشافعى - رحمه الله - : أكره أن يتزوجها فإن تزوجها لم أفسخ.

فمن أصحابنا من قال : إنما كره خوفا من أن تكون منه. فعلى هذا : إن علم قطعا أنها منه بأن أخبره النبي ﷺ فى زمانه لم تحل له.

ومنهم من قال : إنما كره ليخرج من الخلاف ؛ لأن أباحنيفة - يحرمها ، فعلى هذا: لو تحقق أنها منه لم تحرم. وهو الصحيح ؛ لأنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم كالولادة لما دون ستة أشهر من وقت الزنا.»

٢ ـ راجع أيضا الهداية ٢٧٢/٨

٣ ـ قال فى العناية (٢٧٢/٨) : «كل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه فى مقابلته ودخل فى ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل . لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك . والمدبر ليس كذلك»

٤ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

وكذلك لو كان المغصوب (قلبا)(١) فقضى (القاضى(٢) بقيمته (عليه)(٣) لهشمه لم يبطل القضاء بالتفرق من غير قبض بخلاف الصرف.

فثبت أن القيمة بدل خلافة عن الأصل ؛ فلا يجب إلا بعد عدم الأصل. فلا يجوز أن يجعل الأصل هو المال المغصوب ؛ لأنه لم يفت عن ملكه والبدل مملوك. بدل الخلافة لايجب مع قيام الأصل فبقاء الملك فى الأصل بنفسه. فعلم أنه بدل نقصان حل بيد الملك عن مال مملوك فجبر ذلك النقصان ببدل مملوك فلا يكون جمعا بين البدل والمبدل كما فى قلع السن ، يجب الضمان جبرا للنقصان الحاصل بالقلع لا بدلا عن السن.

ثم هذا البدل سقط حكمه بالقدرة على الأصل كالسن اذا نبت والمتيمم اذا قدر على الماء.

ولأنا نوجب هذا الخلف إحياء للفائت من حق المغصوب (فلا نوجب)(٤) من حيث يفوت عليه ملكا لم يكن فائتا. بل من حيث نحيى الغائب مع قيام مالم يفت. وذلك فى جعل البدل خلفا عن نقصان حل بيده فى غصب المدبر وضمان الجناية(٥) .

ولعلمائنا : أن ضمان القيمة بدل من المال المغصوب الأصلى بالغصب لا عن النقصان فى اليد ؛ لأن هذا الضمان خلف عن الضمان الأصلى بالغصب. والمضمون الأصلى هو المال المغصوب بعينه بالإجماع. وعليه رده(٦) ليخرج من الضمان الأصلى بالغصب لا النقصان. فكذلك الخلف يكون خلفا عن ذلك المضمون ، وهو المال.

١ ـ فى نسخة (ب) : «قلنا»

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٤ ـ فى نسخة (ب) : «فلا يعجب»

٥ ـ وهو الأرش.

٦ ـ أى وعلى الغاصب رد المال المغصوب إلى المغصوب منه .

مسـألة

[الخلاف فى ضمان جلد ميتة مدبوغ بشىء له قيمة بالإتلاف]

إذا اغتصب جلد ميتة فدبغه بشىء له قيمة(١) ثم استهلكه(٢) لم يضمن شيئا عند أبى حنيفة.

وقال صاحباه : يضمن قيمة جلد (طاهر)(٣) غير مدبوغ(٤) ؛ لأن الجلد عينه لصاحبه ولم يتبدل، والخلط الذى دبغه به حق الغاصب فيعتبر فى حق صاحبه بالوديعة شىء لاقيمة له ؛ لأن الزيادة حقه ؛ فلا يضمن لنفسه.

١ ـ قوله : «فدبغه بشىء له قيمة» للاحتراز عن دباغة بشىء لا قيمة له كالماء والتراب والشمس ، فإنه إذا دبغه بشىء لاقيمة له فلصاحب الجلد أن يأخذه ولا شىء عليه للغاصب ؛ لأن الجلد كان ملكه وبعد ما صار مالا بالدباغ بقى على حكم ملكه وليس لغاصبه فيه عين مال متقوم قائم ، إنما فيه مجرد فعل الدباغ ، ومجرد العمل لايتقوم إلا بالعقد.
ولو هلك الجلد المغصوب بعد ما دبغه بشىء لاقيمة له لا ضمان عليه ؛ لأن الضمان لو وجب عليه إما أن يجب بالغصب السابق وإما أن يجب بالإتلاف، لاسبيل الى الأول لأنه لاقيمة له وقت الغصب ، ولاسبيل الى الثانى لأنه لم يوجد الإتلاف من الغاصب.
وإن استهلكه يضمن بالاتفاق ؛ لأنه كان ملكه قبل الدباغ وبعد ما صار مالا بالدباغ بقى على حكم ملكه ، لاحق للغاصب فيه، وإتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه لاحق له فيه يوجب الضمان. (بدائع الصنائع ١٦٣/٧ والهداية ٢٨٨/٨ والمبسوط ١٢/١١)

٢ ـ قوله : «استهلكه » للإحتراز عن هلاك الجلد بدون فعل من قبل الغاصب ، كان هلك فى يده بعد ما دبغه ـ ولو بشىء له قيمة ـ لا ضمان عليه بلا خلاف ؛ لأنه لاقيمة للجلد وقت الغصب ولا هناك فعل موصوف بالتعدى وقت الهلاك ـ أى بعد ما صار للجلد قيمة ـ (بدائع الصنائع ١٦٣/٧ والعناية ٢٨٨/٨-٢٨٩)

٣ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

٤ ـ إن ما ذكره المؤلف من قول أبى يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ يوافق ما ذكره الإمام الطحاوى ـ رحمه الله ـ عنهما ـ كما فى بدائع الصنائع (١٦٣/٧)
وأما ما ذكره فى ظاهر الرواية فهو : أن على قول أبى يوسف ومحمد يضمن الغاصب قيمة الجلد مدبوغا ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه.
(يرجع إلى المبسوط ١٠٥/١١ وبدائع الصنائع ١٦٣/٧، والعناية ٢٨٨/٨-٢٨٩ وتكملة البحر الرائق ١٢٤/٨)

وكذلك إذا اغتصب خمرا فخللها(١) ثم استهلكها ضمن لصاحبها مثلا خلا(٢) ٠

ألا ترى أن أبا حنيفة يقول : إن الجلد قبل الدبغ لم يكن له مالية متقومة ومان مملوكا لصاحبه، وبالدبغ حدثت المالية المتقومة٠ والصنعة بنفسها مالية متقومة ٠ لا يأخذ الجلد مالكه إلا بعد ما يعطيه(٣) ما زاد الدبغ فيه، ولما كانت الصنعة مالية متقومة منفصلة عن مالية الأصل - ومالية الأصل حدثت بالصنعة - صارت تبعا لمالية الصنعة من حيث بها وهو التقوم٠ ثم الصنعة ماليتها مضمونة بما زاد الدبغ فيه . فكذلك مالية الأصل يكون هكذا بخلاف ملك الجلد،فإنه كان قبل الصنعة فلم يصر تبعا لها حدودنا٠ والأصل لم يتغير ولا صار مستهلكا بالصنعة فبقى على ملك المالك كالثوب بصنعة الغاصب فيملك الصنعة بملك الأصل ، فتصير تبعا له فى حق الملك ؛ لأنها صفة له ، ومن حيث القيمة يصير(٤) تبعا للصنعة ؛ لأنه حدث بها كمن غصب حنطة وزرعها ملك الزرع ؛ لأنه حدث بزراعته فأضيف إليه بخلاف الخمر المغصوبة٠ فإنها إن خللت بشىء لا قيمة له لم يكن للصنعة قيمة ليصير الأصل تبعا لها فيها(٥)، فيصير كالجلد يدبغ بالتراب والشمس ومالا قيمة له ، وإذا لم يصر تبعا للصنعة اعتبرت بنفسها٠

وإن خللت الخمر بخل ألقى فيها أو ملح له قيمة ملك الخمر كلها عند أبى حنيفة بخلط لايمكن تمييزه قبل أن يصير خلا ، فلا يضمن لصاحبه شيئا٠

— * —

١ ـ أى خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومن الظل إلى الشمس (العناية ٢٨٨/٨)

٢ ـ لبقاء الخل على ملك مالكه - وهو مال متقوم ؛ لأن العصير كان مالا متقوما له فإذا صار خمرا صار غير متقوم٠ ولكونه غير متقوم لايزول ملكه عنه ؛ لأن الملك لايفتقر إلى التقوم٠ فاذا زالت صفة النجاسة عاد متقوما كما كان (الكفاية ٢٨٨/٨)

(يرجع للمزيد من المعرفة إلى بدائع الصنائع ١٦٢/٧-١٦٣ والعناية ٢٨٨/٨ وتكملة البحر الرائق ١٢٤/٨)

٣ ـ أى بعد ما يعطى للغاصب الذى دبغ الجلد

٤ ـ أى يصير الثوب٠

٥ ـ أى فى القيمة

هذا هو الأصل ، فلا يميل عنه إلى جعل الأصل الذى قدره الخصم أصلا إلا عند العجز عن هذا كما لايقضى بالقيمة إلا عند العجز عن عين المغصوب.

ولأنه ضمان وجب جبرا لما فات من حق المغصوب (منه)(١) بالغصب، والفائت دراهم أخذت من الكيس، فامتلأ الكيس ، وحقه(٢) فى الحقيقة الدراهم لا الامتلاء. فالمقصود من الامتلاء المال لا نفس الامتلاء فيجب جبر المقصود ما أمكن لا جبر ما هو تبع من امتلاء يده أو كيسه بالمال.

فأما قوله : «إن المال الفائت فى ملكه فلا يجب خلف ملكه ما بقى أصل الملك.»

فالجواب عنه : أن ضمان القيمة إنما يجب إذا عجز الغاصب عن الرد وإذا جاء العجز عن الأصل جاء وقت البدل خلفا عنه كما فى سائر الأبدال ، ومن شرط ايجاب بدل الخلافة عن أصل عدم الأصل، فلما وجب القضاء بمثل الأصل مملوك له - ومن شرطه عدم الأصل بملكه - ثبت زوال ملك الأصل أولا مقتضى به، ثم يترتب عليه ملك البدل، وصح الأمر بإيجاب بدله وإن لم يثبت شرطه بعد - وهو عدم الأصل - إذا كان الشرط مما يثبت (فالائتمار به)(٣) مقتضى كمن قال لآخر: «اعتق عبدك عنى على ألف درهم» صح الأمر وملكه العبد شرط . وقد عدم ؛ لأنه مما يثبت مقتضى الائتمار به. فإذا أعتق ثبت الملك بالشراء أولا ثم العتق؛ لأن من شرط/ [٥٢٨أ] عتقه عنه ملكه العبد أولا ، فثبت الملك أولا مقتضى به ثم ترتب العتاق عليه(٤) كما

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - أى حق المغصوب منه

٣ - فى نسخة (ب) : «والإئتمار به»

٤ - أى على ثبوت الملكية

لو صرح بالشراء ثم بالأمر بالإعتاق عنه، فكذلك ههنا يزول ملك (الأصل)(١) (أولا)(٢) مقتضى به ثم يترتب عليه ملكه (بدل)(٣) الأصل كما لو أتى بما ينص على الإزالة من ضمان بيع، وتبين أن الغصب يوجب الملك فى البدلين كالبيع إلا أنه(٤) أوجب إقتضاء، والشراء أوجب نصا بخلاف الجناية ؛ لأن الأرش يجب بدلا عن النقصان دون الغائب من الطرف ؛ لأن الفائت لا قيمة له ولا معتبر به، إنما (هو)(٥) حق صاحب الحق فى صورته وسلامتها، والطرف معتبر به وصفا للصورة لا مقصودا، فوجب عند الإقامة ضمان المقصود، وهو ما يجبر نقصان الصورة فيكملها،

ولا يلزم إذا أخذ القيمة بقول الغاصب(٦) ؛ لأن الملك ثبت للغاصب (والتعليل وقع لذلك إلا أنه غير واجب)(٧) لخلل فى رضا المغصوب منه وقع بالبدل الذى سماه الغاصب وميله إلى أحدهما بضرورة فقد الحجة، فأشبه شراء المعيب أو شراء ما لم يره،

ولا يلزم غصب المدبر(٨) ؛ لأنه لم يكن إيجاب الضمان خلفا عن المدبر ؛ لأن من (شرطه)(٩) عدم ملك الأصل ، ولايمكن إثباته ، فأوجب الضمان خلفا عن

١ ـ فى نسخة (ب) : «والأصل»

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ فى نسخة (ب) : «بدله»

٤ ـ أى أن الغصب

٥ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٦ ـ جواب عن إشكال يرد على ما ذكر من اشتراط عدم أصل المغصوب والعجز عن رده للإنتقال إلى إعطاء البدل خلفا عنه ، وهو : إذا أخذ المغصوب منه قيمة ماله المغصوب بناء على قول الغاصب بهلاك الأصل أو ضياعه ونحو ذلك مع وجود الأصل،

٧ ـ ما بين القوسين فى نسخة (أ) : «والتعليل لذلك إلا غير واجب»

٨ ـ جواب على قياس الشافعية غصب الأموال الأخرى على غصب المدبر (راجع ص :١٤٢

٩ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «شرط» والإثبات من نسخة (ج)

نقصان بيده كما فى الجنايات ؛ لأن الغصب جناية فى حق اليد وكان ضمان الصلح يكون بدلا عن المال المصالح عليه ما أمكن، فإن لم يكن يجعل بدلا عن إسقاط المدعى حقه ؛ لأن فى المصالح معنى الإسقاط، ولما يضمن القضاء ببدل الغصب تمليكا للأصل لم يبق المغصوب فى حق المغصوب منه أصلا، فلا يبطل البدل بالقدرة عليه بل يتأكد معنى التمليك بالقدرة كما فى البيع، وليس فيما أن المعجوز عن تسليمه لايجوز تمليكه تبعا ، لا يجوز بضمان الغصب (أيضا)(١) ؛ لأن التمليك ههنا يقع ضمنا للقضاء بضمان القيمة، فلا يشترط لصحته شروطه لو ثبت قصدا، فإن (فرص)(٢) الحيوان ثبت ضمنا فى البيع، ولا يثبت قصدا، والشراء فى ضمن العتق ثبت من غير قبول(٣) ، والبيع قصدا لا يثبت،

والجواب عن العدوان : أن الملك غير ثابت من حيث أن الشرع جعل الغصب موجبا ملك بدلالعين على سبيل الخلافة عنه، فأوجبنا الملك بما هو مشروع منه لا بالتعدى كما قلته أنت،

وكذلك عقد الربا يوجب الملك من حيث أنه مشروع على ما بينا(٣) ، لا من حيث أنه منهى عنه،

وكذلك حرمة المصاهرة بالزنا تثبت من حيث إصابة موضع الحر أو الولاد وذلك مخلوق الله تعالى ، وليس بمعصية،

— * —

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - فُرُص : جمع فَرْص، وهو : القطع
مأخوذ من فَرَصَ الجلدَ فَرْصاً : قطعه،
(الصحاح ١٠٤٨/٣، ولسان العرب ٦٤/٧-٦٥)
والكلمة وقعت فى نسخة (ب) : «مرض»

٣ - وذلك فى مسألة من قال لآخر : «اعتق عبدك عنى على ألف درهم» كما سبق ذكره،

٤ - راجع للبيان ومناقشة المسألة البيوع الفاسدة ١/ ٨٦

مسـألة

[الخلاف فى انجبار نقصان ولادة الأم المغصوبة بالولد]

قال علماؤنا الثلاثة(١) : نقصان ولادة الغصب ينجبر بالولد.

وقال زفر : لا ينجبر.(٢)

وهذه المسألة قريبة من حكم الغصب وليست بعينها(٣) .

أما وجه ما ذهب إليه زفر فظاهر، وهو أن الأمة كانت مضمونة عليه بجميع أجزائها، وما فات من أجزائها بالولادة فقد عجز عن رده فيلزمه رد بدله كما لو فات الكل أو فاتت بالولادة ومات الولد فلا يجوز أن يكون ولدها بدل (الفائت)(٤) منها ؛ لأن حد البدل : ما يملك للقيام مقام الأصل ، كالأرش عن السن المقلوعة وضمان جميع الأم (إذا هلكت)(٥) والولد ملك بكونه جزء الأصل لا بالقيام مقامه.

ألا ترى أن الولد يبقى على ملكه مع زوال النقصان عن الأم، فثبت أنه لا تعلق لملك هذه الزيادة بذلك النقصان

ألا ترى أن أرش السن لما كان بدلا عن النقصان سقط بنبات السن وزوال النقصان . ولأن النقصان لما بقى فى الأم أحتيج إلى أداء الضمان ليبرأ عن حكمه. فلا يتأدى بمال من له الضمان كما لا يتأدى بدراهم (مغتصبة)(٦) منه، أو هلكت الأم

١ - يعنى أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله

٢ - يرجع للمسألة إلى المبسوط ٥٨/١١ وبدائع الصنائع ١٥٧/٧ والعناية ٢٧٧/٨-٢٧٨

٣ - أى لها صلة بحكم الغصب راجع التعليق فى ص : ١٣٦

٤ - فى نسخة (ب) : «الثابت»

٥ - فى نسخة (ب) : «إذا هلكت الأم»

٦ - فى نسخة (ب) : «معصبه»

وفى الولد وفاء لم يتأد ضمان الكل به، بخلاف ما لو قلع سنها ثم نبتت أخرى، فإن الضمان يسقط بالسن، وهو مال المغصوب منه ؛ لأن الضمان يسقط لا بإداء الضمان لكن بزوال سبب الضمان، وهو النقصان بنبات سن أخرى ؛ لأن الأرش ما كان يجب بدلا عن السن الساقطة ؛ لأنها ليست بمال لكن بإزاء النقصان فى الأمة : وقد ارتفع بالنبات والنقصان (لايزول)(١) إلا بمال المالك ؛ لأنه يزداد من ماله، وإنما أنكرنا لحق أداء الضمان بماله مع بقاء سبب الضمان، وكان نظير الولد نظير من حصد مبقلة(٢) فنبتت أخرى لم يبرأ عن ضمان ما حصد،

وكذلك لو جز صوف شاة فنبتت أخرى أو قطع قوائم شجرة ثم نبتت فلا ينجبر بما يتولد من الشجرة ما انتقص منها، وليس هذا كمن اغتصب نقرة فقطعها ثم رد الكل ؛ لأنه لم يفت شيء من أجزاء الغصب ؛ لأن أجزاءه فى وزنه، والوزن كله باق، وإنما تفرقت، ولم يكن الاحتجاج زيادة مالية لتفوت بالتفرق معنى فيضمن حتى لو كان قلبا ضمن بالتفريق ولا يبرأ بالرد،

وكذلك اذا (لم يرض)(٣) صاحبه، والولادة ليست تفرق أجزاء الغصب ، فإن الولد ليس مما غصب، ألا ترى أنه أمانة ؛ لأنها حدثت بغير صنعة بالولادة أجزاء الأصل كلها مضمونة،

١ ـ فى نسخة (أ) : «لا بزوال»

٢ ـ المُبْقَلَة : ما نبت من البقل، قال فى لسان العرب (٦٠/٢٢) : البقل : كل نبات اخضرت به الأرض، قال ابن سيدة : البقل من النبات ماليس بشجر دِقٍّ ولا جِلٍّ، وحقيقة رسمه أنه مالم تبق له أرومة على الشتاء بعد ما يرعى»

يقال : أبقلت، إذا أنبتت البقل، فهى مبقلة، والمبقلة : ذات البقل،

(لسان العرب ٦٠/١١ والمصباح المنير ٥٨/١)

٣ ـ فى نسخة (أ) : «لم ير»

ولا يلزم ما ذكر فى الجامع فيمن مات وترك ثلاثة أعبد قيمهم على السواء فشهد شاهدان أنه أوصى بهذا العبد بعينه لهذا الرجل وقضى القاضى به، ثم شهد آخران أن الميت أوصى بهذا العبد (الآخر)(١) لرجل آخر، فإن القاضى يقضى (لكل واحد)(٢) بنصف العبد، فلو رجع الشهود جميعا لم يضمنو شيئا؛ لأن كل شهادة إن (افاتت)(٣) نصف عبد (أفادت)(٤) نصفا فلم يجب الضمان، كأنهم لم يعينوا شيئا . وإن كان الملك لواحد فى الفائت والعائد ؛ لأن هذه المسألة / غير منقولة [٥٢٨ب] عن زفر.

ولأن كل واحد من الموصى لهما يستحق كل العبد بدليل أن أحدهما لو ترك وصيته أخذ الآخر الكل، وأنما يبطل من كل وصية نصفها بالأخرى فيصير للورثة نصف عبد أوصى به لغيره بإذاء النصف الذى استحق عليه وصيته بشهادة كل فريق، ولما كانت سلامة ملك النصف فى العابد بسبب الشهادة استقام خلفا عن الفائت، فأما ههنا فسلامة الولد للمولى غير متعلقة بنقصان الولادة بحال ، فلا يكون بدلا عنه.

ولأن الولد (لو)(٥) صلح بدلا عن بعض الأم الفائت بالولادة - إذا كان به وفاء بالبعض - صلح بذلا عن الكل إذا ماتت من تلك الجناية.

وههنا لو ماتت الأم بالولادة وبالولد وفاء بالأم لم يصر خلفا عنها فكذا عن بعضها.

١ - فى نسخة (ب) «لآخر»

٢ - فى نسخة (ب) : «لكل واحد منهما»

٣ - فى نسخة (ب) : «أفادت»

٤ - فى نسخة (ب) : «افات»

٥ - غير موجود فى نسخة (ب)

ولا معنى (بأن يقال)(١) بأن الموت لا يضاف إلى الولادة ؛ لأن الولادة بمنزلة الجرح علة للنقصان للحال، ومتى ماتت فى ذلك الألم أضيف الموت إليه كالجرح سواء، ألا ترى أنه لو اغتصب أمة فردها مريضة عن ولادة فماتت من ذلك، ضمن (الغاصب)(٢) قيمتها كما لو ردها مجروحة،

ولأنك تجعل الولد خلفا عن النقصان قدر الموجود بنفس الولادة وما يزداد بعد ذلك قبل الرد مما يجوز أن يكون أو لا يكون،

فكذلك النقصان فى مقابلته وجب أن يستوى ما حدث بنفس الولادة وما ازداد بعدها مما يجوز أن يكون ولا يكون،

ولأن الولد لو ازداد عند المغصوب منه لم ينجبر به ضمان النقصان، فكذلك إذا ازداد عند الغاصب ؛ لأن الزيادة بكون الولد حيا لا بالولادة فلم تكن زيادة (الولادة)(٣) ،

ولعلمائنا : أن الولادة لو تصورت بلا نقصان فى الأم لما ضمن الغاصب شيئا، وكذلك لو ارتفع النقصان بصحة الجارية وانعدام النقصان بزيادة فى البدن لم يضمن الغاصب شيئا، فكذلك اذا انعدم النقصان بخلف عن الأجزاء الفائتة بالولادة ؛ لأن الخلف أبدا يعمل عمل الأصل فيما صار خلفا عنه، والولد خلف عن الجزء الفائت بالولادة بذاته فيعمل عمل ذلك الذات، وذلك الذات الفائت لو بقى ولم يفت كان عمله منع تمكن النقصان بالولادة، فكذلك يمنع تمكن النقصان بل الولد فى أنه خلف عما فات بالولادة بمنزلة زيادة حدثت فيها ، فزالت النقصان، فإن النابتة خلف ما فات فى مكانه، وهذا فى غير مكانه، والخلف فى مكان النقصان جبر

١ ـ فى نسخة (ب) : «بأن يقال لقول من قال : »

٢ ـ فى نسخة (ا) و (ب) : «للغاصب»

٣ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «الولد» وما اثبتناه من نسخة (ج)

النقصان حكما بأن أسقط ضمانه. (فكذلك هذا الولد يجبر حكما)(١) ؛ لأنه بمنزلته(٢) فى الخلافة.

وكذلك النقرة المغصوبة إذا كسرت حتى انتقص ذات الجملة بمازال عنه بالقطع لم يضمن الغاصب شيئا إلا رد الجملة و (الجزء)(٣) المزائل عنه ؛ لأن المزائل عين ما فات عن النقرة، فمنع قيامه بعينه مزائلا عنه تمكن نقصان يوجب ضمانا آخر غير رد الجملة متفرقة كذلك.

فكذلك فى مسألتنا هذه لما ثبت أن الولد خلف عن الجز المزائل عن الجملة بالولادة يعمل عمل المزائل لو بقى بعينه، وعمل ذلك المزائل لو بقى منع ضمان آخر غير ضمان الرد جملة متفرقة كذلك، فكذلك فى مسألتنا هذه.

ولا إشكال فى أن الخلف يعمل عمل الأصل فيما صار خلفا (عنه)(٤) كالتراب عن الماء(٥) والصوم عن العتق فى الكفارات، والأشهر عن القروء(٦) فى العدة ؛ وإنما الأشكال فى الخلافة بين الولد وما فات بالولادة. وتفسير هذه الخلافة بدل يقوم مقام الأصل لعدمه ، فيكون بدلا يخلفه لا بدلا يقابله كالثمن فى المثمن.

١ ـ ما بين القوسين فى نسخة (أ) : «فكذلك هذه الجبرة حكما»

٢ ـ أى بمنزلة النابت مكان الفائت

٣ ـ فى نسخة (ب) : «الجزاء»

٤ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٥ ـ فى الطهارة عن الحدث

٦ ـ القُرُوء : جمع القرء، وهو : الحيض. وقد يصلح على الطهر، وهو ضد الحيض

القَرْءُ فى اللغة أصلا بمعنى الوقت فهو قد يطلق للحيض والطهر.

قال الراغب الاصفهانى فى المفردات(ص ٤٠٢): والقَرْءُ فى الحقيقة اسم للدخول فى الحيض عن طهر. ولما كان إسما جامعا للأمرين الطهر والحيض المتعقب له أطلق على كل واحد =

والدليل عليه : أن الولادة - ويعنى بها انفصال الولد عن الأم يوجب نقصان جزء هو مال من الأصل وزيادة جزء هو مال هو الولد ، فصار عين هذا الحادث بالولادة بدلا وخلفا عن العين الفائت بها ؛ لأنه لاحد للخلافة غير هذا، وهو أن يأتى عارض فيفيت شيئا ويفيد آخر كقطع اليد لما افات اليد وأوجب الأرش خلفا عنه، وإراقة الماء أعدم طهورا وأفاد آخر كان خلفا عنه(١)

فإن قيل : لو كان الولد بدلا لما بقى حقا للمولى مع ارتفاع نقصان الولادة كما فى سائر الأبدال، الخلافة لا تبقى مع وجود الأصل.

قلنا : إن الولادة لايبقى بدلا إذا ارتفع نقصان الولادة، ولا يبقى مضمون الرد حتى لو ملك لم يلزمه شيء من الضمان بفوت رده؛ لأن الأصل قد وجد، ولكن يبقى

= منهما ؛ لأن كل اسم موضوع لمعنيين معا يطلق على كل واحد منهما إذا انفرد كالمائدة للحيوان وللطعام، ثم قد يسمى كل واحد منهما بانفراده به، وليس القروء اسما للطهر مجردا ولا للحيض مجردا بدلالة أن الطاهر التى لم تر أثر الدم لا يقال لها ذات قروء، وكذا الحائض التى استمر بها الدم والنفساء لا يقال له ذلك»

الأقراء : الحيض والأطهار

(الصحاح ٦٤/١ ولسان العرب ١٣٠/١، ١٣١ والمفردات ص ٤٠٢ والمغرب ١٦٤/٢)

وأما المراد هنا فهو : الحيض كما هو مذهب الحنفية فى معنى القروء فى قوله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ الآية، سورة البقرة - ٢٨٨

(يرجع للمزيد من المعرفة المغنى للخبازى ص ٩٢ وكشف الأسرار لعبدالعزيز النجارى ٨٠/١ وفتح الغفار ٢١/١)

١ - أى خلفا عن الماء وهو التراب لقوله تعالى : ﴿يآ أيها الذين آمنوا إذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم إلى الكعبين، وإن كنتم جنبا فاطهروا وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لُمستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه، ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم لعلكم تشكرون﴾ سورة المائدة ٦

ملكا للمولى ؛ لأنه فى الملك لم يكن بدلا بذاته عن الفائت ؛ لأنه كان ملكا له بالتفرع عن ملكه؛ لابأن صار بدلا عن الفائت، وإنما كان بدلا بذاته عن الذات الفائت لا بملكه عن الملك الفائت كما لو ارتفع النقصان بزيادة فى يديها تكون هذه الزيادة خلفا فى الوجود عما فات أولا بخلاف أرش السن ؛ لأنه (بدل)(١) يملكه عن الفائت فإذا نبت السن - وهى الأصل - سقط ملكه البدل، وجائز إثبات البدلية بالذات دون الملك ؛ لأنا نثبت البدلية لحكم يستغنى فيه عن ملك الغير، وهو انعدام النقصان عن الأصل ؛ فإنه ينعدم أبدا بملك المغصوب منه بأن يزداد ولا ينتقص، فكذا ينعدم بخلف من ملكه السن،

إن التراب بدلٌ عن الماء وإن كان التراب ملكه والماء ملكه ؛ لأنه ليس بخلف ملكا بل خلف تطهيرا عن الحدث والأصل كان تطهيره مملوكا له وغير مملوك، فكذلك الخلف، والقدرة على الماء لا تبطل ملكه عن التراب بل تبطل كونه طهورا ؛ لأن الخلافة فى الطهورية دون الملك،

فكذلك ههنا الخلافة فى قيام ذات مقام ذات لإعدام النقصان عن الأم لا الملك، ومتى سمنت / الجارية، النقصان بالأصل لا بالخلف . [٥٢٩أ]

فإن قيل : إن الولادة تظهر الولد ولا توجبه .

قلنا : كذلك، والولد لا يقوم مقام النقصان لأنه ولد، بل لأنه مال متقوم، ألا ترى أن الولد الميت لا يقوم مقامه والإسم قائم ؛ لأنه ليس بمال، وإنما صار الولد مالا متقوما بالولادة ؛ لأنها قبل الولادة عيب فى الإماء، والعيب لايكون مالا،

١ ـ فى نسخة (ب) : «لابدل»

وفى البهائم يعذر زيادة صفة للأم كما لو سمنت، وكلامنا فى مالية قائمة بالولد لا صفة للأم،

ألا ترى أن الولد أمانة، ولو كان موجود مالا حين الغصب فيما إذا اغتصبها حاملا لايفصل مضمونا كالدرة فى الحقة،(١)

وكذلك لو تزوج امرأة على الحبل وعلم بالوجود يقينا بأن ولدت من ساعتها وجب مهر المثل ؛ لأنه سمى ماليس بمال كما لو تزوجها على خمر،

فإن قيل : إن النقصان مضاف إلى الحبل أو إلى العلوق ؛ لأنه هو السبب،

قلنا : كلامنا فى نقصان حديث بالولادة وزيادة حدثت بها حتى كانت أمانة، فلأن وجبت إضافة أحدهما إلى السبب السابق من علوق أو حبل أضيف الآخر كذلك فيصير السبب واحدا(٢)

ونظير هذه المسألة مسألة الشهادتين بالوصيتين على ما ذكرنا فى حجج زفر،(٣)

١ ـ الحُقّة : ـ بالضم ـ هى صندوق صغير ينحت من الخشب والعاج وغيرهامما يصلح أن ينحت منه، كلمة عربية معروفة

والجمع حُقٌّ و حُقَقٌ وحِقَاق

(الصحاح ١٤٦٠/٤ ولسان العرب ٥٦/١٠)

٢ ـ قال فى المبسوط (٥٩/١١) : «إن الولد خلف عن الجزء الفائت بالولادة بطريق اتحاد السبب وهو : أن الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الأصل وحدوث مالية الولد ؛ لأن الولد وإن كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا بل عيبا فى الأم أو كان وصفا لها، وإنما صار مالا مقصودا بعد الانفصال والسبب واحد، متى أثر فى النقصان والزيادة كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما زال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن فى ملكه كان الثمن خلفا عن مالية المبيع له باتحاد السبب،»

٣ ـ راجع ص : ١٥١

ولا يلزم إذا ماتت الأم من الولادة ؛ لأنها متى ماتت منها صارت الولادة موتا وسقط اعتبار الولادة وقوتها كالقطع إذا سرى الى النفس يصير قتلا من الابتداء ويسقط اعتبار القطع وضمانه.

فإن الرجل متى قطع يد امرأة كان الضمان فيه الأرش. ومتى سرى إلى النفس وجب القصاص. فكذلك ههنا إذا سرى يصير (موتا، فيكون الفوت فوت موت بالولادة)(١) لا فوت ولادة.

ومن حيث أن الولادة مميتة لاتوجب زيادة، وإنما توجب زيادة إذا اقتصرت ولادة، فالولد زيادة الولادة لا زيادة الموت ، فيكون خلفا عن نقصان الولادة لا الموت، ومتى ماتت منها كان النقصان نقصان موت ولم يبق شيء منه مضاف إلى الولادة كما قلنا فى ضمان القطع إذا صار نفسا.(٢)

ولأنا ألحقنا الولد بأجزاء تزداد فى الأم، فيذهب النقصان وجعلناه بالخلافة جائز النقصان فيها حتى صح الخبر بمال صاحب الأصل. ولا يتصور الجزء إلا بعد قيام الأصل بزيادة تحدث فيها. فكذلك الخبر بالخلف يكون بمنزلته ؛ لأنه الخلف لايعمل ألا عمل الأصل.

وإذا ثبت أن الولد حدث خلفا عن الجزء الفائت بالولادة قائما مقامه ، فإذا ازداد فى نفسه سرى حكم البدلية إلى الزيادة كالأمة المبيعة إذا ولدت كان الولد مبيعا مقابلا بالثمن على اعتبار القبض، فسرى إلى الزيادة، وإذا أخذه المولى سقط

١ ـ ما بين القوسين فى نسخة (ب) : «موتا من الأصل ، فيكون الفوت موت بالولادة»

٢ ـ أى بسبب السراية

اعتبار البدلية ؛ لأن البدلية فى رفع نقصان الأصل به المضمون على الغاصب، فإذا استوفاه المالك سقط اعتبار المقابلة ؛ لأنه ضمان على المولى كما إذا قبض المشترى ولد المبيعة سقط اعتبار المقابلة بضمان الثمن، ولا يسرى بعد ذلك إلى الزيادة بخلاف زيادة نقصان الأم ؛ لأنه يزداد والولد بدل عنه إلا أن تموت لأنه يصير نقصانا آخرا ؛ لأنه غير مضاف ألى قدر الولادة بل زيادة عارضة اتصلت بها كالرجل يموت من الجلد لايضاف إلى قدر الحد بل إلى زيادة ليست بحد اتصلت به،

وهذا بخلاف من جز صوف شاة ثم نبت، لايقوم مقام الفائت بالجز ؛ لأن الحادث حدث بكون الشاة حية لا بالجز، والشاة لم تكن بدلا عن الفائت لتسرى البدلية إلى ما يتولد من الزيادة،

فالمسألة إنما تتضح بمعرفة الحكم الثابت بالولد، وهو انعدام النقصان الموجب للضمان لا أداء الضمان

— * —

مسـألة

[الخلاف فى حكم إطعام الطعام المغصوب صاحبه]

إذا اغتصب طعاما ثم أطعمه منه برىء عن النقصان عندنا(١) .

وقال الشافعى فى قول : لايبرأ(٢) ؛ لأن الواجب عليه إثبات يد ملك، وبهذا السبب تثبت يد إباحة، ولأنه لما أباح له فقد غره فيما أتلف؛ لأنه لو علم بأنه ملكه (لما أكله)(٣) عسى ؛ فإن الإنسان يرغب فى أكل مال الغير ما لايرغب فى أكل مال نفسه، وضمان الغرور فى الحال يكون على الغار كأنه هو الذى جاء بسبب الضمان كمن اشترى جارية فاستولدها ، ثم جاء مستحق وضمنه قيمة الولد، رجع على البائع ؛ لأنه غره بما أوجب له من الملك،

ولهذا قال الموهوب له الأمة إذا (استولدها)(٤) والمسألة بحالها رجع كذلك،(٥)

١ - يرجع للمسألة إلى المبسوط ٩٩/١١ وما بعدها ، وبدائع الصنائع ١٥٠/٧

٢ - وذلك إذا كان المالك لايعلم أن الطعام له، فإن علم يبرأ الغاصب من الضمان؛ لأن المالك فى هذه الحالة استهلك ماله برضاه مع العلم، قال فى المهذب (٣٨٠/١-٣٨١) : «فإن أطعمه المالك فإن علم أنه له برىء الغاصب من الضمان؛ لأنه استهلك ماله برضاه مع العلم به وإن لم يعلم ففيه قولان :

أحدهما : يبرأ الغاصب ؛ لأنه عاد إلى يده فبرىء الغاصب من الضمان كما لو رده عليه،

والثانى : لايبرأ ؛ لأنه إنما ضمن ؛ لأنه أزال يده وسلطانه عن المال، وبالتقديم إليه ليأكله لم تعد يده وسلطانه ؛ لأنه لو ورد أن يأخذه لم يمكنه فلم يزل الضمان،»

(راجع أيضا الإصطلام ١٥٨/٢أ ومغنى المحتاج ٢٨٠/٢ وروضة الطالبين ١١/٥ ففيه : «ولو دخل المالك دار الغاصب فأكل طعاما يظنه للغاصب فكان هو المغصوب، برىء الغاصب،»

٣ - فى نسخة (أ) و (ب) : «كما أكله»

٤ - فى نسخة (أ) : «استولد» وفى نسخة (ب) : «استولدت»

٥ - أى ثم جاء مستحق وضمن الموهوب له قيمة الولد، يرجع على الواهب،

وكذا المستعير إذا لحقه ضمان العارية من مستحق رجع كالمستأجر ؛ لأنه مغرور.

وكذلك التصرية(١) عيب يرد بها المبيع ؛ لأنه(٢) بالتصرية يصير غارا فيصير ضامنا كما لو باع عبدا على أنه كاتب ولم يكن.

ولنا : أنه أتى بالرد المستحق عليه بدلالة (أنه أعاده ماله إلى يده وهى يد ملك)(٣) ، وجهة الإباحة قد (لغت)(٤) بالإجماع فيبرىء عن الضمان كما لو وهب للمغصوب منه.

وأما الغرور فثابت ولكن بالغرور لايضمن الغار شيئا كمن عرف بسراق فى الطريق فغره بالأمن والربح حتى خرج فقطع عليه، فإن الغار لايضمن (شيئا.)(٥)

ولهذا لايرجع المستعير عندى على المعير بضمان الاستحقاق.

وكذلك الموهوب له بقيمة الولد على الواهب.

وكذلك التصرية لاتكون عيبا، وإن غره بالتصرية ، ولاتصير كما لو ضمن تسليم تلك الزيادة.

١ ـ سبق ذكر التصرية وتعريفها والخلاف والمناقشة فيها فى ١ / ٤١٩ـ٤٢٣

٢ ـ أى لأن بائع المصراة

٣ ـ ما بين القوسين فى نسخة (أ) : «أنه عاد ماله إلى يده بيد ملك»

وفى نسخة (ب) : «أنه عاد وماله إلى يده ويد ملك»

وما أثبتناه من نسخة (ج)

٤ ـ فى نسخة (ب) :«بلغت»

٥ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

فأما المشترى فإنما يرجع بقيمة الولد ؛ لأن البائع ضمن سلامة المبيع عن العيوب للمشترى حتى / أنه يرد عليه بالعيب والنقائص للخلل فيما ضمن له، [٥٢٩ ب]
والاستحقاق رأس العيوب، فصار ضامنا سلامة المبيع عن الاستحقاق.

فأما العارية والهبة فما فيهما ضمان أصلا، وفى الإجارة ضمان السلامة عن العيوب أيضا حتى أنه يرد الدار التى استأجرها بالعيب.

ومنها مسألة ذكرت فى الدعوى.

— * —

مسـألة

[الخلاف فى الرجوع بالقيمة فى جارية مشتراة إذا استحقت]

إذا اشترى جارية ثم باعها فاستولدها (المشترى الثانى، ثم استحقت وأخذ من المستولد قيمة الولد، ورجع)(١) الثانى (على)(٢) الأول بقيمة الولد، لم يرجع المشترى الأول على بائعه بتلك القيمة عند أبى حنيفة.

وقالا : يرجع.

وكذلك إن ظهر بها عيب، ورجع الثانى على الأول لم يرجع الأول على بائعه بما غرم.

وعندهما : يرجع ؛ لأن الثانى رجع على الأول لما ذكرنا ؛ أنه مغرور من جهته بالبيع. وهذا موجود من الأول فى حق المشترى منه.

وكذلك حصة العيب ؛ لأن البيع شرعا يوجب التسليم تسليما عن العيب، فيصير المشترى مغرورا بسلامته بحجة شرعية، فيكون ضمان ما صار مغرورا فيه على الغار.

ولأبى حنيفة : أن الرجوع بحكم الغرور لاشك فيه فى باب الولد، فإنه حدث بعد القبض فلا يسرى إليه العقد ليرجع بانتقاصه.

ولأن الرجوع بسبب الانتقاص يكون بالثمن لابالقيمة.

وكذلك العيب، فإنه شىء فائت فلا يدخل تحت العقد حقيقة ولا يقابله الثمن حتى إذا أراد الرجوع بالثمن ؛ لأنه لحقه الغرور بزيادة التزمها بسبب تلك السلامة.

١ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (أ)

٢ ـ فى نسخة (أ) : «عن»

ولا اختلاف أن الرجوع بحكم الغرور، و (البائع)(١) الأول ما غر المشترى الثانى، فالغرور بإلزام الثمن وكان على الأول دون الثانى، فلا يكون عليه وبال ما لحق المشترى الثانى، ولا ما لزم المشترى الأول من جهة المشترى الثانى ؛ لأن المشترى الأول لحقه ذلك بغرور جاء منه ببيعه من الثانى مختارا، فصار ذلك وبال غروره، لا وبال غرور الأول ووبال غروره عليه ؛ لأنه فعله مختارا بنفسه ما حمله عليه بيع الأول إياه، بخلاف الثمن، فالثانى اذا رجع على الأول بالثمن رجع الشمترى الأول على بائعه بالثمن أيضا ؛ لأن الثمن لايجب إلا بالبيع نفسه عوضا عن الجارية، وبالاستحقاق يبطل البيع ويظهر البطلان فى حق كل من يلغى الملك من قبله،

وإذا بطل البيع لزمه رد الثمن لانفساخ سببه لا بالغرور، فهذه أنواع مسائل ضمان الغرور، وعهدته إنها على الغار أم على المباشر لسبب الضمان ؟

— * * * —

١ - فى نسخة (ب) : «التابع»

فصـــل حد الإتـلاف

[الخلاف فى ملكية المغصوب بالإتـلاف]

قال أصحابنا : من اغتصب حنطة فطحنها ملكها وضمن لصاحبها مثلها.(١)

وقال الشافعى - رحمه الله - : لايملك(٢) .

وكذلك لو غصب عنبا فعصره أو سمسما فعصره أو حنطة فزرعها حتى نبتت أو بيضا فحضنه حتى فرخ أو (بانة)(٣) فأنبتها حتى غرست.

وذهب الخصم إلى أن الطحن تعد محض كالغصب ، فلا يكون سبب ملك - على ما مر - كالقتل. وإذا لم يكن سبب ملك بقى ملكا لصاحبه كما لو نبت الزرع بنفسه، أو كما لو وقع بريح على الرحا فطحنه بغير صنع أحد أو أخرجت البيضة فرخا لابصنع آدمى.

ولأن هذه التغيرات لو كان بغير صنع أحد كان الخارج لصاحب الأصل ؛ لأنه فرع أصله، فيكون مالكا له كالثمرة من الشجرة والولد من الأمة.

١ - يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع٧/١٤٨-١٤٩ والمبسوط١١/٨٦-٨٨ والعناية٨/٢٥٠ وما بعدها.

٢ - الإصطلام ٢/١٤٧أ، ٢/١٥٤أ والمهذب ١/٣٧٦

٣ - البَانَة : شجرة طويلة ناعمة نابتة استوائية

قال فى الصحاح (٥/٢٠٨١) : «البان : ضرب من الشجر طيب الزهر.

واحدتها : بانة. قال امرؤ القيس : * كَخُرْعُوبَةِ الْبَانَةِ الْمُنْفَطِرِ * ومنه : الدهن البان »

وقال فى لسان العرب (١٣/٧٠) : «البان شجر يسموا ويطول فى استواء مثل نبات الأثل. وورقه أيضا هدب كهدب الأثل، وليس لخشبته صلابة، واحدته : بانة

قال أبو زياد : من العضاه البان. وله هدب طول شديد الخضرة. وينبت فى الهضب وثمرته تشبه قرون اللوبياء إلا أن خضرتها شديدة، ولها حب. ومن ذلك الحب يستخرج دهن البان.»

(راجع الصحاح ٥/٢٠٨١ ولسان العرب ١٣/٦١، ٧٠ ومصباح المنير ١/٦٦ والمغرب ١/٩٧)

الكلمة المكتوبة فى نسخة (أ) و (ب) : «بالة»

فكذلك وإن كان بصنع صانع ؛ لأن الولد من ذلك الأصل لا من الصنع، فإن الصنع حركات ما يتولد منها أجسام، و كمالوأصلح أشجار رجل وسقى حتى اثمرت،

ولنا فى هذه المسائل : حديث الشاة المصلية(١) - على ما نذكر فيمن غصب شاة فشواها ؛ إنه يملكها عندنا،

١ - المَصْلِيّة : المَشْوِيّة

يقال : صليت اللحم وغيره أَصْلِيه صَلْيًا - مثال : رميته رميا - : إذا شويته،

إن قلت : صليت اللحم - بالتخفيف كما سبق - فهو على وجه الصلاح - ومعناه : شويته،

وإن قلت : أَصْلَيْتُه وصَلَّيْتُه، فهو على وجه الفساد، ومعناه : الإحراق، منه قوله تعالى : ﴿فسوف نصليه نارا﴾ سورة النساء- ٣٠ ﴿ويصلى سعيرا﴾ سورة الإنشقاق ١٢،

(الصحاح ٢٤٠٣/٦ ولسان العرب ٤٦٧/١٤)

وأما الحديث :

أخرجه محمد بن الحسن فى كتاب الآثار / باب الدعوة (ص ١٩٤) قال : أخبرنا أبو حنيفة عن عاصم بن كليب عن رجل من أصحاب محمد ﷺ قال : صنع رجل من أصحاب محمد ﷺ طعاما فدعاه ، فقام النبي ﷺ وقمنا معه فلما وضع الطعام تناول وتناولنا معه، فأخذ النبي ﷺ بضعة فلاكها فى فيه طويلا لايستطيع أن يأكلها فألقاها من فيه، وأمسك عن الطعام، فدعا النبى ﷺ صاحب الطعام فقال : «أخبرنى عن لحمك هذا من أين هو ؟»

قال : يارسول الله شاة كانت لصاحب لنا، فلم يكن عندنا نشتريها منه، وعجلنا وذبحناها، وصنعناها لك حتى يجيء صاحبها فنعطيه ثمنها،

فأمره النبى ﷺ أن يرفع الطعام وأن يطعمه الأسرى

— * —

«قال محمد : وبه نأخذ،

ولو كان اللحم على حاله الأول لما أمر النبى ﷺ أن يطعمه الأسارى، ولكنه رآه قد خرج عن ملك الأول وكره أكله ؛ لأنه لم يضمن قيمته لصاحبه الذى أخذت شاته، ومن ضمن شيئا فصار له من وجه غصب، فأحب إلينا أن يتصدق به ولا يأكله، وكذلك ربحه، =

وأما المعنى فى المسألة : فإن الزرع وكذلك الدقيق والفرخ وهذه الفروع التى فيها خلاف حدثت بفعله فلا يكون مالكا لغيره إلا من جهته كالصبغ فى ثوب غصبه فصبغه.

= الأسارى عندنا أهل السجن المحتاجون،

وهذا كله قياس قول أبى حنيفة - رحمه الله تعالى -»

— * —

وأخرج الحديث أيضا أبو داود - فى البيوع / باب فى اجتناب الشبهات (٥/٨-٩) بطريق محمد بن العلاء عن ابن ادريس عن عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال : «خرجنا مع رسول الله ﷺ فى جنازة، فرأيت رسول الله ﷺ وهو على القبر يوصى الحفار : «أوسع من قبل رجليه، أوسع من قبل راسه»

فلما رجع استقبله داعى امرأة فجاء، وجىء بطعام فوضع يده، ثم وضع القوم فأكلوا، فنظر آباؤنا رسول الله ﷺ يلوك لقمة فى فمه ثم قال : «أجد لحم شاة بغير إذن أهلها»

فأرسلت المرأة : يارسول الله ، إنى ارسلت إلى البقيع يشترى لى شاة، فلم أجد، فأرسلت إلى جار لى قد اشترى شاة أن أرسل بها إلى بثمنها، فلم يوجد، فأرسلت الى امرأته، فأرسلت إلى بها،

فقال رسول الله ﷺ : «أطعميه الأسارى»

وأخرجه أحمد بن حنبل فى مسنده بطريق معاوية بن عمرو عن أبى اسحاق عن زائدة عن عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار،

قال فى نصب الراية (٤/١٦٨) : «هذا سند الصحيح إلا أن كليب بن شهاب والد عاصم لم يخرجا له فى «الصحيح» وخرج له البخارى فى «جزئه فى رفع اليدين» وقال فيه ابن سعد : ثقة، وذكره ابن حبان فى الثقات ولا يضره قول أبى داود : «عاصم بن كليب عن أبيه عن جده : ليس بشىء» فإن هذا ليس من روايته عن أبيه عن جده، والله أعلم»

وأخرجه أبو يوسف فى الآثار / فى أواخر باب الصيد (ص١٢٧) عن أبى حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبى بردة عن أبى موسى رضى الله عنه،

وأخرجه الطبرانى فى معجمه (انظر نصب الراية ٤/١٦٩) عن أبى يوسف بطريق أحمد بن القاسم الطائى عن بشر بن الوليد،

وكذلك كل ما يحدث من أصل مملوك لإنسان كان ملكا له على ما قاله الخصم، إلا أن يحدث بينهما ما يوجب قطع الملك عن الفرع فينقطع كملك الأصل ينقطع بما يوجب القطع، ولا اشكال فيه،

وإنما الإشكال فى إثبات الحدوث منه :

فإنه يقول : إنه حدث من الأصل الذى كان للمغصوب منه، فالدليل عليه : أن الزرع غير الحنطة صورة ومعنى ، فإن الحنطة غذاؤنا والزرع غذاء البهائم، والمغايرة بين الأجناس لايثبت إلا بالصور والمعانى،

وكذلك البيض والفرخ فالصورتان مختلفتان، ومعنى أحدهما حياة والآخر موات، وبينهما تضاد، وإذا كانا غيرين لم يتصور الثانى إلا بعد هلاك الأول لاستحالة أن يكون الشىء الواحد شيئين، ولكن لايستحيل أن يصير شيئا (آخر، كما لم يستحل أن ينقلب العدم وجودا،

فصار الزرع الذى هو غير الحنطة شيئا)(١) حادثا لابدل له من علة كالوجود عن العدم، ولم يجز أن تكون العلة كون الحنطة حنطة، فإن كونها حنطة لايكون علة للبقاء كذلك حنطة، فكيف تكون علة للهلاك ؟ وصيرورته شيئا آخر وكالعدم لايصلح أن يكون سببا للوجود،

وكذلك كل شىء نفسه لايكون علة لتغير يحدث فيه فيضاف ذلك إلى مغير فيه، والمغير على الحقيقة طبع الأرض والهواء المحيط بالبذر إذا زرع ألا أنهما مسخران بتقدير الله تعالى فلا يضاف الإتلاف إليه، ولا الحدوث فى حق الأحكام

١ ـ ما بين القوسين غير موجود فى نسخة (ب)

الشرعية، ولكن إلى الزراعة التى هى شرط لعمل الطباع عملها، لأن الزراعة فعلنا ويدخل تحت النهى والأمر والتكليف، ويمكن بناء أحكام الخطاب عليه،

فأما الحب فى نفسه فليس بمغير ولا موجب للعلة ، وهى الطباع، بل الحنطة محل ينبت منه ويعمل فيه الطباع ، فأصل المغير الطباع، وقد يسقط اعتبار الإضافة إليها، فبقى بعد ذلك الزراعة والحنطة، فتصير الزراعة علة ؛ لأنها هى المسلمة إلى الأرض والحنطة محل الفعل، والمحال شروط، فتجب الإضافة إلى الزراعة فإن لم يمكن بأن فعلت ريح هبت بالحنطة فألقتها فى الأرض فنبتت - وعبرة لفعل الريح المسخرة - أضيف حينئذ إلى الحنطة فيصير ملكا لصاحب الحنطة،

فأما / إذا كانت الزراعة معتبرة بأن كانت من مخاطب ممن يلزمهأحكام الشرع [٥٣٠أ] بفعله، فيضاف الحدوث إلى الفعل دون محل الفعل - وهو الحنطة - فيصير ملكا للفاعل،

وكذلك (اذا حضنت على البيض)(١) دجاجة ؛ لأن فعل الدجاجة لاعبرة به كفعل الأرض والريح فيبقى العبرة (للحاضن)(٢) ففعله معتبر، حتى إذا زنى بأمة أجنبية فولدت، كان الولد ملكا لصاحب الأمة ؛ لأنها شاركت الرجل فى فعل معتبرة فى الجمع بين المائين وتفردت بالحضانة، وفعلها معتبر بخلاف فعل الدابة ؛ أعنى أنه جامعها وهى ملك صاحبها، وكذلك ما يتولد من حضانتها،

١ - مابين القوسين فى نسخة (أ) و (ب) : «إذا حض على البيع» وهو خطأ ظاهر، والإثبات من نسخة (ج)

١ - فى نسخة (ب) : «للحاضرة»

ولهذا لم يكن مشتركا بين الواطىء والمرأة، والماءان مشتركان ؛ لأن الحضانة منها(١)، وهى معتبرة، فيصير مسألة الأمة دليلا لنا على الخصم فى كينونة الولد ملكا لمولى الأمة بلا خلاف بين الأمة، وههنا لو خلط الغاصب البذر ببذر نفسه ثم زرع (كان الزرع)(٢) على مذهبه مشتركا بينهما(٣)، ولا فرق بين المسألتين،

ومثال ذلك : رجل حفر بئرا فمشى ماش فوقع فهلك ضمن الحافر، ولو دفعه آخر ضمن الدافع لا الحافر ؛ لأن حقيقة العلة فى الماشى ثقله بحيث لايرفعه الهواء لا عمق المكان الباقى بحفر الأول، بل العمق شرط الهلاك ؛ لأنه إذا وقع عليه لم يستمسك

والعلة هى (الثقل)(٤) ، ولكن ثقله(٥) على ما خلقه الله تعالى لايمكن أن يجعل سببا يضاف إليه التلف المخطور فسقط اعتباره وبقيت العبرة لما بعده من مشى وعمق أو دفع وعمق، ثم المشى أو الدفع جامع بينه وبين هواء العمق، والعمق محل، فإن كان المشى مباحا لم يمكن أن نجعله سبب ضمان فسقط اعتباره

١ - أى من الجارية

٢ - غير موجود فى نسخة (ب)

٣ - والظاهر من كتب الشافعية فى ذلك قولان : عند أحدهما ما ذكره المؤلف رحمه الله أن الغاصب والمغصوب منه يشتركان فى المخلوط.

والثانى : إن الغاصب فى هذه الحالة كالهالك يدفع مثل حنطته.

راجع للمزيد من المعرفة روضة الطالبين ٥/٥٢-٥٣

٤ - المكتوب فى النسخ : «النقل» بالنون، كذلك كلما مرت الكلمة فى هذه المسألة

والظاهر من مفهوم العبارات أنها «الثقل» بالثاء المثلثة

ويمكننا تعبير هذه العلة فى يومنا بأنها جاذبية الأرض، والله أعلم

٥ - أى ثقل الواقع فى الحفرة

فى حق (الضمان)(١) ، فأضيف إلى الشرط وهو محل المشى. وإن كان دفعا وهو تعد، أو مشى وهو عالم بالحفر حتى صار تعديا ، أمكن إضافة التلف المحظور إليه لم يضف إلى الحفر ولم يضمنه الحافر وضمن الدافع أو هدر مشى على علم.

فالهواء علة الثقل اذا وقع فيه كالأرض لحياة الزرع وتلف الحنطة. والجمع بين الأرض والحنطة كالجمع بين نفسه وهواء البئر والحنطة فى أنها تنبت كجسمه فى أنه يسقط ويتلف.

إلا أن الخصم أسقط اعتبار فعل الزراعة فى حق إضافة ملك الزرع إليه ؛ لأنه حكم شرعى فلا يضاف إلى تعد محض، ونحن لا نضيف إلى ما هو تعد محض. ولكن الى ما ليس بتعد منه، وهو : أن هذا الفعل زراعة، والزراعة مشروعة فى نفسها ، وإنما حرم فى مسألتنا لغير ، وهو أن جعل حنطة الغير آلة لهذا الفعل من نفسه. فأشبه الاحتطاب بقدوم(٢) الغير والاصطياد بكلب الغير.

(وهذا) (٣)كما قلنا فى الزنا يوجب حرمة المصاهرة، لا من حيث أنه تعد (محرم)(٤) عليه ولكن من حيث أنه حرث للولد، فهنا الصنع فى هذا المأتى حرث مثلها.والله تعالى خلق كذلك وأمرنا بهذاالحرث، فلم يكن حراما من حيث الحراثة؛ بل حرم لعدم الملك فى المحل. وإنه شرط كالآلة. والحد وجب بإزاء فعله استعمال المحل بلا ملك وهتك حرمة المحل. ومن ذلك الوجه حرام محض بلا شبهة،

١ ـ فى نسخة (ب) : «ضمان»

٢ ـ القَدُوم : الآلة التى ينحت بها ، المنحات

والجمع : قُدُم.

(الصحاح ٢٠٠٨/٥ ولسان العرب ٤٧١/١٢)

٣ ـ من نسخة (ج)

٤ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «يرحم»

فلم تكن عينه من هذا الطريق فى حق الحرمة تعديا،فهذا شبه المسألة، وإنه أدق من مسألة الغصب ؛ لأن الشبهة ثم فى نفس السبب، فإنه سبب (لملك)(١) البدل، فقد تعلق به حكم شرعى، وبذلك الوصف يملك الأصل،

وههنا يملك الزرع بالنبات، لايملك ضمان البدل، وإنه أمر حسن تولد من معصة وتعد؛ فاحتجنا إلى تعرف ما ليس بتعد من محل الفعل الذى هو شرط، لا من نفس الفعل فإنه محض تعد كما فى باب المصاهرة بالزنا، فإنه لاشبهة فى فعل الزنا، إذ لو تمكن فيه شبهة لسقط الحد،

فإن قيل : إن ثبتت هذه الجملة فى الزرع والحنطة فلا تثبت فى الدقيق والحنطة والعصير والعنب ؛ فإن الخارج شىء كان قائما فى الأصل على سبيل الاجتماع ففرق وميز بين المائع والجامد فى العنب، ما حدث شىء لم يكن،

ألا ترى أن الربا بين الحنطة والدقيق والعصير والعنب، والربا لايجرى بين جنسين مختلفين بلا خلاف،

قلنا : بين الحنطة والدقيق والعصير والعنب شبهة المجانسة على ما ذكرتم ولكن ليس بينهما مجانسة حقيقة، فإن الحنطة اسم لصورة على هيأة مخصوصة، فإن النبات ما سمى حنطة، وكذلك السنبلة حتى تنعقد حبا، وتلك الصورة تتلاشى بالطحن ويزول الاسم كالقيام لما كان اسما لحالة مخصوصة من الآدمى ذهب بالعقود،

ثم مالية الحنطة (مالية)(٢) متعلقة بصيرورتها حنطة غير التى كانت فى الزرع

١ ـ فى نسخة (أ) : «الملك»

٢ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

فلم يكن الاسم اسم حال لتلك المالية، بل كان اسم ذات، وذلك الذات عرف بذلك التركيب، فيزول بزواله.

وكذلك المعنى ؛ فإن المعنى المطلوب من (عين)(١) الحنطة لايوجد من الدقيق وهو الزراعة، والمطلوب من عين الدقيق كذلك - وهو الخبز - لايوجد من عين الحنطة.

وكذلك العصير والعنب إلا أنه من حيث التغير يتفرق الأجزاء. والقسم أشبه جنسا واحدا، فلم ينقطع حكم الربا ؛ لأنه يثبت بالشبهة كما (يثبت)(٢) بالحقيقة على ما بينا فى كتاب البيوع ؛ لأنه باب حرمة تثبت على الاحتياط.

وكذلك على هذا الغزل ينسج ؛ لأن الثوب غير الغزل ؛ لأنه اسم لصورة تحدث عن تركيب الخيوط بعضها على بعض حتى يصير بسيطا، والغزل اسم لخيط ممدود لا تركيب فيه، فهما متضادان كالقيام والقعود. والاسم للثوب ليس باسم حال ليكون وصفا، فلا يدل زواله على زوال الموصوف بل اسم ذات ؛ لأن المعانى التى تبتغى من الثوب قط لا توجد من الغزل، وما تبتغى من الغزل قط لا توجد من الثوب. وكذلك الصورة تتغير. وتغير الصفات لاتوجب تغير معانى / الموصوف فى نفسه ولا [٥٣٠ب] صورته كالقيام والقعود. ولا تتبدل معانى الآدمى. وإنما تتغير المعانى والصور بتغير الأجناس كالزرع والحنطة والآدمى والبهيمة. وربما تتشاكل الصور بين الأجناس، فيكون أجناسا لاختلاف المعانى، وربما تتشاكل المعانى فتكون أجناسا لاختلاف الصور والأصول كالجن والانس والذكر والأنثى. فقد استوت المعانى فى أنهم خلقوا للابتلاء بالعبادة.

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - غير موجود فى نسخة (أ)

ولايلزم على هذا هذا إذا اغتصب قطنا فغزله ؛ لأنه لارواية فيه، وإنما ذكر إذا غزله ونسجه انقطع حق المالك عنه، ولأن سلم فيحتمل ذلك ؛ لأن القطن فى الحقيقة خيوط متجاورة يبدو ذلك إذا حققت النظر فيه، ويشهد (لك)(١) العيان فى أصل (الإسم)(٢) والغزل فتل لبعضها على بعض، وتفريق بعضها عن بعض فالأسم لم يكن للإجتماع فما بينهما تركيب كما للثوب، ولا تأليف للحنطة، بل بينهما مجاورة كما بين حبات)(٣) القفيز من الحنطة أو حبات الرمان .

ولا يلزم اذا اغتصب شاة فذبحها وأربها(٤) لم يملك، وقد تبدل الصورة ؛ (لأن الصورة)(٥) لا تتبدل بالذبح، فإن التأليف باق على هيأته، فلم ينقطع حق صاحبه بالذبح، وإن زالت الحياة، ولما بقى حقه فيها لم يبق إلا من حيث أنها لحم، فأما الحياة وسائر المقاصد المتعلقة بالصورة واسم الشاة قد ذهبت، ومن حيث أنها لحم لا تتبدل بالتأريب بل يكمل المعنى ؛ فإنه لاينتفع إلا كذلك مؤربا.

ولا يلزم إذا أغصب رطبا فصار تمرا ؛ لأن الصورة لاتتبدل بل تتغير إلى إنضمام، فالرطوبة اسم حالة ، فهو كما لو غصب حنطة مبلولة فيبست عنده، فالتمر

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٢ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «الابرسيم» وما أثبتناه من نسخة (ج)

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٤ ـ أرَب : قطع، أو قطع على أعضاء كاملة

الإرَب : هو العضو والجمع : آراب.

يقال لقطع اللحم أيضا : الآراب

وأرّب العضو : قطّعه موفراً يقال : أعطاه عضوا مؤربا : أى تاما لم يكسر.

(الصحاح ٨٦/١-٨٧ ولسان العرب ٢١٠/١-٢١١)

٥ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

اسم جنس للخارج من ثمرة النخل إذا انعقدت ثمرة، ثم بعد ذلك أسماء أحوال كالصبى والشباب (والكهولة)(١) والشيخوخة للرجل.

ألا ترى أن نفس الصورة لاتتبدل، إنما تبدل الطعم والألوان، والاسم لما يتناهى إليه من التمورة.

ولا يلزم إذا اغتصب خمرا فتخللت عنده ؛ لأن الخمر والخل والعصير أسماء أحوال بدلالة أن (الذات)(٢) لايتبدل وهو نصيب المائع من العنب وإنما يتبدل الطعم والألون، وإذا بقى الأصل لم يبطل ملكه ؛ لأن ذلك وصف يتبدل بطبع فى أصله، لابفعل الغاصب.

وعلى هذا اذا اغتصب (بانة)(٣) فأنبتها ؛ لأن (البانة)(٣) المقلوعة حطب، وإن حياتها بأرضها ، وإذا نبتت فقد حييت، والحى غير الميت، وهما شيئان متغايران معنى، وإن اتفقت الصورة.

وعلى هذا إذا اغتصب دارا فآجرها ، كانت الأجرة للغاصب ؛ لأنها(٤) وجبت بعقد. فإن المتلف(٥) لو أتلف بغير عقد ما ضمن البدل عندنا ، وإنما وجب بالعقد فكان للعاقد كالزرع الذى وجب بالزراعة من أصل مملوك للغير(٦) ، (والله أعلم)

— * —

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - فى نسخة (أ) و (ب) : «الدار»

٣ - المكتوب فى النسخ «ناله» و «البانة» سبق ذكرها وتعريفها فى ص : ١٦٤

٤ - أى لأن الأجرة

٥ - أى المتلف من المنفعة

٦ - فإن الزرع يكون للزراع.

مسـألة

[الخلاف فى حكم تغير العين المغصوبة بفعل الغاصب]

إذا اغتصب ثوبا فخاطه جبة لم يبق لصاحب الثوب حق الأخذ عندنا(١) ،

وكذلك (إذا اغتصب)(٢) شاة فشواها،

وقال الشافعى : له أن يأخذه.(٣)

وهذه المسألة غير الأولى، فالأولى استهلاك، ولا استهلاك ههنا،

قال علماؤنا : إذا اشترى ثوبا فخاطه ثم زاد فى ثمنه (يصح) ؛ لأن السلعة قائمة،

ولو كان غزلا فنسجه ثم زاد فى ثمنه لم يصح ؛ لأن السلعة هالكة.(٤)

وكذلك لو نقص الخياط الخياطة كان لصاحبه أن يأخذ بلا خلاف، ولو ملك بالخياطة لما عاد إلى سببه بغير سبب للملك كما لو أدى الضمان،

١ ـ ويملكه الغاصب ويضمنه ولايجوز أن ينتفع الغاصب بالثوب المغصوب قبل أداء بدله، قال فى الهداية (٢٥٩/٨) : «إذا تغير العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الإنتفاع بها حتى يؤدى بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذ سيفا أو صفرا فعمله آنية»

(يرجع للمسألة إلى المبسوط ٩٣/١١ وبدائع الصنائع ١٥٣/٧-١٥٤ والعناية ٢٥٩/٨)

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ الإصطلام ١٥٤/٢أ ، والمهذب ٣٧٧/١ قال فيه : «وإن غصب شيئا فعمل فيه عملا زادت به قيمته بأن كان ثوبا فقصره أو قطنا فغزله أو غزلا فنسجه أو ذهبا فصاغه حليا أو حشبا فعمل منه بابا رده على المالك ؛ لأنه عين ماله ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله؛ لأنه عمل تبرع به فى ملك غيره فلم يشاركه ببدله»

٤ ـ راجع أيضا المبسوط (٩٣/١١)

وكذلك إذا اغتصب ساجة(١) فبنى عليها وأدخلها فى بنائه أو سقفه، ثم نزع(٢) لم يكن لربه إلا الساجة.

وطريق الشافعى -(رحمه الله) - ما قلناه : إن الغصب تعد وكذلك البناء والخياطة تعد محض ما فيه شبهة الحل فلا يكون سبب ملك على ما مر.

ويدل عليه : إذا قطع الثوب ولم يخط أو ذبح الشاة وأرب ولم يشو أو اغتصب أرضا فبنى عليها أو ثوبا فصبغه.(٣)

ولا يلزم إذا اغتصب ابرسيما فخاط به بطن نفسه ؛ لأنه لا يملك(٤) بما صنع، ولكن لا يؤمر بالنزع ؛ لأن فيه تلف الحيوان، كما إذا خاف التلف حل له أن يغصب.

وكذلك اللوح أدخله فى السفينة لا ينزع ؛ (لأن)(٥) فيه تلف الناس حتى إذا رفعت السفينة كان له النزع.

والشافعى (- رحمه الله -) رجح ضرر الحياة على ضرر المال ؛ وهذا لاشك فيه ، فأما ضرر المال فمثل للمال فلا يثبت الترجيح، فلا يمنع صاحب المال عن الأخذ بالمعارضة.

ولنا ماروى أن النبى ﷺ كان ضيفا عند بعض الأنصار فأتى بشاة مصلية

١ ـ سبق ذكرها وتعريفها فى ص : ١٢٢

٢ ـ أى نزع تلك الساجة

٣ ـ راجع للمزيد من المعرفة الاصطلام ١٤٧/٢أ ، ١٥٣/٢أ والمهذب ٣٧٦/١

٤ ـ أى لايملك الإبرسيم

٥ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

فجعل يلوكها ولا يسيغه(١) ، فسأل عن شأنها ؛ فقالوا : «إنها كانت لبعض جيراننا ، وإنما ذبحناها لنوفر عليه ثمنها٠»

فقال عليه السلام : «اطعموها الأسارى٠»(٢)

فلولا أنهم ملكوها وإلا لما حل الأمر بالتصدق بغير إذن المالك٠

فإن قيل : (إنه عليه السلام)(٣) لم يستأذن رب البيت أيضا٠

(قلنا)(٤) : لأنهم استفادوها بسبب الغصب فكان ملكا حراما (له أن يتصدق به عندنا٠)(٥)

١ ـ أى لايستطيع أن يبتلع ما لاك من لحم الشاة٠

وفى اللغة : سَاغَ الشراب فى الحلق يَسُوغُ سَوْغًا وسَوَاغًا : سهل مدخله فى الحلق٠

وساغ الطعام سوغا : نزل فى الحلق٠

منه قوله تعالى : ﴿وما يستوى البحران ، هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج...﴾ الآية٠ سورة فاطر - ١٢ أى يسهل انحداره فى الحلق لعذوبته

وقوله تعالى : ﴿وإن لكم فى الأنعام لعبرة٠ نسقيكم مما فى بطونه من بين فرث ودم لبنا خالصا سائغا للشاربين﴾ سورة النحل -٦٦

وقوله تعالى : ﴿يتجرعه ولا يكاد يسيغه...﴾ الآية٠ سورة ابراهيم -١٧ أى لايكاد يبتلعه٠

(الصحاح ١٣٢٢/٤، ولسان العرب ٤٣٥/٨ والمفردات للراغب ص ٢٤٩ والمصباح المنير ٢٩٢/١)

٢ ـ أخرجه محمد بن الحسن فى الآثار / باب الدعوة ص ١٩٤

وأبو داود فى البيوع / باب فى اجتناب الشبهات ٨/٥-٩

وأبو يوسف فى الآثار / فى أواخر باب الصيد ص ١٢٧

وأحمد بن حنبل فى مسنده والطبرانى فى معجمه (نصب الراية ١٦٨/٤، ١٦٩)

والطبرانى فى معجمه (نصب الراية ١٦٩/٤)

سبق تخريج الحديث مفصلا فى ص : ١٦٥-١٦٦

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٤ ـ غير موجود فى نسخة (أ) و (ب) والإثبات من نسخة (ج)

٥ ـ ما بين القوسين فى نسخة (ج) : «وسبيل الحرام التصدق عندنا»

فإن قيل : إنما يتصدق عندكم بالربح لا بأصل المضمون.

قلنا : روى عن محمد أنه يتصدق بالأصل قبل أداء الضمان على أن فى الحديث أن ملك الأول قد انقطع وإنه يتصدق بالأصل.

ثم إنا تركنا أحد الحكمين بدليل فيبقى الباقى على ظاهره، وهذا الحديث دليل فى المسألة الأولى ؛ لأن التغير بإثبات الحنطة أكثر مما يكون بالشوّ.

وأما المعنى، فإن زيادة الوصف فى المصنوع الحادث بصنعة الغاصب متقوم، وهو حق الغاصب، بدليل أن المغصوب منه لا يأخذ (الثوب)(١) إلا ويعطيه ما زادت الصنعة فيه من الخياطة والشوّ.

وكذلك الساجة مبنيا عليها أكثر من قيمتها منزوعة بوصف زائد، وهو أن صار بناء، وهذا الوصف ملك البانى ؛ لأنه حدث بفعله المشروع، وهو فعل البناء على ما مر فى مسألة الزراعة(٢) . والأصل متقوم حقا للمغصوب / منه، [٥٣١أ]

ونسلم هذا الحكم ولابد من تملك أحدهما بالآخر ؛ لأنه لايمكن التمييز بينهما في الشوّ ونقض الفصول، وفى بعضها لايمكن إلا بنقض البناء ونقض الخياطة، والنقض فساد وإبطال لحق الغاصب في الحادث بالصنعة، وقد ذكرنا أن حقه محترم لا يجوز الإبطال عليه فى الأصل كحق المغصوب منه، ولما حرم الفساد، وصار بحيث لايمكن التمييز بينهما ولا سبيل - بالإجماع - إلى إثبات الشركة لاختلاف الملكين حسا، فلابد من تملك أحدهما بالآخر بالقيمة، فنقول أن حق الغاصب أولى بالاعتبار وتملك الآخر لحقه؛ لأن حقه فى الصنعة قائم من كل وجه،

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٢ ـ راجع ص : ١٦٧ ـ ١٦٨

وحق الآخر فى المصنوع قائم من وجه هالك من وجه ؛ لأن حقه فى الثوب، والثوب ثوب بالتركيب على ما مر. والتركيب بالقطع زال من وجه وبقى من وجه. ولو زال كله لذهب ملكه على ما مر.(١)

وكذلك بعض المنافع القائمة زالت بالقطع وحدثت بالخياطة مالم يكن. فعلمت أن الأصل هالك من وجه قائم من وجه.

وهذا كمن غصب إبرسيما فخاط به بطن نفسه أو شاته، لم يجب نزع الإبرسيم ؛ لأنه هالك من وجه بأن صار وصفا للحيوان بعد ما كان اصلا بنفسه. وحق الأخر فى الوصف الحادث قائم من كل وجه، وهو إسلام الجرح، وذكره(٢) علة أخرى(٣) لا يضرنا.

وكذلك الشو يحدث صفة النضج ؛ لأنها لم تكن وحدثت بفعل الشو وإنه متقوم ؛ لأنه يزيد فى قيمة اللحم. واللحم يصير مستهلكا من وجه، ومن حيث المعنى. فالنىء منه كان يصلح لوجوه أعد به، والآن لم يصلح إلا لما آل إليه.

وكذلك إذا طبخ بالماء، وإنه من الدقيق يجرى مجرى الخبز.

وكذلك الساجة إذا أدخلت فى البناء. (فالبناء)(٤) وصف متقوم والساجة تصير مستهلكة من وجه ؛ لأنها متبوعة بنفسها والآن صارت وصفا للأرض حيث ركبت فيها للقرار. وكذلك حكما. حتى تستحق الآن بالشفعة كسائر أجزاء الأرض، ويصير مبيعا ببيع الأرض مطلقا. وقبل ذلك ما كانت تدخل تحت بيع الأرض إلا بذكر زيادته لها.

١ ـ راجع ص : ١٦٧ وما بعدها

٢ ـ أى ذكر الشافعى رحمه الله

٣ ـ وهى تسبب نزع الإبرسيم تلف الحيوان

٤ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

وكذلك الساجة كانت تصلح لضروب منافع وهلكت(١) إلا هذا.

فإن قيل : صاحب الأصل أولى بالتملك ؛ لأنه صاحب اصل والآخر صاحب وصف.

قلنا : إن الترجيح أولا يطلب من حيث المملوك نفسه، فالقائم من كل وجه أولى من القائم من وجه دون وجه. فإذا استويا فى القيام حينئذ (طلب)(٢) من حيث الحال، فيصير صاحب الأصل أولى (من صاحب الوصف)(٣) كالأرض من بنى عليها، فإنها لاتصير مستهلكا بالبناء بحال، فمعنى الأرضية، لايزول منها صورة ولا منفعة. فإن منفعتها من حيث الزراعة باقية إلا أن البناء زيادة تمنع الاستعمال (لا أن)(٤) طبع الأرض يتغير ويصير بحث لاينبت بوجه. ولما كانت الأرض قائمة كالبناء رجح المتبوع على التبع.

وكذلك الثوب يصبغ.(٥)

١ ـ أى هلكت هذه المنافع

٢ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «بطلت» والإثبات من نسخة (ج)

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٤ ـ فى نسخة (ب) : «إلا أن»

٥ ـ أى لايصير مستهلكا بالإصباغ بحال. فمعنى الثوبية لايزول منه صورة ولا منفعة. ولما كان الثوب قائما كالصبغ رجح الأصل على الوصف.

قال فى بدائع الصنائع (١٦٠/٧-١٦١) فى مسألة إصباغ الثوب المغصوب : «إذا غصب من إنسان ثوبا فصبغه الغاصب بصبغ نفسه أحمر أو أصفر بالعصفر والزعفران وغيرهما من الألوان... فصاحب الثوب بالخيار : إن شاء أخذ الثوب من الغاصب واعطاه مازاد الصبغ فيه. إما ولاية أخذ الثوب فلأن الثوب ملكه لبقاء اسمه ومعناه. وإما ضمان ما زاد الصبغ فيه فلأن للغاصب عين مال متقوم قائم فلا سبيل إلى إبطال ملكه عليه من غير ضمان فكان الأخذ بضمان رعاية للجانبين.

وإن شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه أبيض يوم الغصب ؛ لأنه لاسبيل إلى جبره على أخذ الثوب إذ لايمكنه أخذه إلا بضمان، وهو قيمة مازاد الصبغ فيه، ولاسبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه ...»

فأما الشاة اذا ذبحت وأربت فلا ينقطع من المغصوب منه ؛ لأن هذه صنعة أوجبت نقصان وصف ما ازداد بصنعته وصف متقوم فى اللحم فإنما يزداد الرغبة ليسر ما يطلب منه من الأصل كالشيء يحمل من موضع الى موضع فتزداد القيمة بسبب زيادة رغبة فى المشترى لابسبب زيادة فى المحمول.

وكذلك الثوب يقصر بالماء والشمس ؛ لأن البياض الحاصل لايحدث من فعل القصار بل بزوال الدرن أو اللون الحادثة بآفة ؛ لأن أصل لون القطن بياض. والتغير بعارض، والماء والشمس يزيلانه فيظهر البياض الأصلى. فلا يكون حادثا من فعل القصار ، ولأن الأصل لم يتغير به.

وكذلك الشجرة تقلع (وتكسر وتيبس ؛ لأن القلع)(١) والكسر نقصان محض، ما يحصل به زيادة فى العين، وأما اليبس فبزال الرطوبة التى حدثت بحياة النبات ؛ لأن أصله يابس لا رطوبة فيه.

وكذلك سفر المعصية يثبت به الرخص.

وعنده : لايثبت ؛ لأن أسباب الرخص مشروعة، وهذا حرام محض.

إلا أنا نقول : إن الحرمة فى قصد الطريق، وبهذا القصد لايصير مسافرا، وإنما يصير مسافرا بقصد ثلاثة ايام. وأنه مباح. (والله أعلم)

— * —

١ - مابين القوسين غير موجود فى نسخة (أ)

مسـألة

[الخلاف فى حكم ضرب نقرة مغصوبة أو صياغتها]

إذا اغتصب نقرة فضربها دراهم أو صاغها حليا، كان لصاحبه أن يأخذه ولايضمن للغاصب شيئا عند أبى حنيفة.

وقال صاحباه : يصير ملكا للغاصب(١) ؛ لأن الصياغة أو الضرب صنعة تحدث وصفا متقوما ؛ فإن قيمة الأصل تزداد بما حدث. ولو كسره إنسان ضمن ، وقد غير الأصل من وجه، فانقطع به بعض منافع الأصل. فيملك الأصل بالصنعة على ما مر(٢) .

وكما إذا اغتصب حديدا فضربه سيفا، أو صفرا فضربه فلوسا أو صنعه قماقم(٣) جريا على الأصل الذى مر من قبل(٤) .

ولأبى حنيفة : أن الأصل قائم بنفسه. وإنما تغير وصفه بدليل أن حكم الأصل باق(بعينه)(٥) من وجوب الزكاة وجريان الربا بينه وبين التبر بعينيهما، بدلالة أن الربا

١ - يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ١٤٩/٧ والعناية ٢٦٤/٨

٢ - راجع ص : ١١٤ و ما بعدها

٣ - القَماقِم : جمع القُمْقُمَة، وهى آنية من صفر له عروتان يستصحبه المسافر وهى أيضا اسم لآنية من نحاس يسخن فيه الماء ويسمى «المِحَمّ»
قال فى المصباح المنير (٥١٧/٢) بأن أهل الشام يقولون لها : «غَلّاية»
والقمقم رومى معرب وقد يؤنث بالهاء فيقال : «قمقمة»
(لسان العرب ٤٩٥/١٢ والمصباح المنير ٥١٧/٢)

٤ - أى فى المسألة السابقة، والأصل فى ذلك عند الحنفية زوال المغصوب منه وثبوت ملك الغاصب ووجوب الضمان عليه بسبب تغير المغصوب وزوال اسمه وعظم منافعه بفعل الغاصب.

٥ - غير موجود فى نسخة (أ)

يزول بتساوى العينين، وإنما يزول الربا بتساوى العينين إذا كانت المجانسة قائمة بين البدلين.

وكذلك المنافع باقية ؛ لأن التبر يضرب دراهم، والدراهم تسبك عادة فتصير نقرة. هذا مستعمل بين أهل الصناعة فينتفع بكل واحد منهما عادة منفعة الآخر.

وكذلك الصورة ؛ لأن اسم الذهب والفضة جرى عليهما للجوهر لا للتركيب والتركيب حال فيه./ [٥٣١ب]

فأبو حنيفة - رجح حرمة قيام الأصل بهذه الوجوه. وهما رجحا جهة تغير الأصل بالصور التى صار إليها بعد الضرب والصياغة. فالصورة أصل الدراهم وليست بحال.

وكذلك الثمنية تحدث بالضرب. والأثمان جنس آخر غير (المثمنات)(١) حقيقة وحكما فى باب الأموال على ما بينا فى كتاب الصرف.(٢)

وكذلك للحلى صورة خاصة ومنفعة خاصة لاتكون للتبر.

والجواب عنه : أن حكم الثمنية ثابت لأصل الذهب والفضة قبل الضرب (بأصل الخلقة)(٣) وبالضرب تتم الحالة على ما بينا فى كتاب البيوع والصرف.

ألا ترى أن الزكاة تجب لعينيهما ؛ لأنهما أثمان فكانا للنماء بعينيهما وبعد إيجاد الحلى المقصود منه مالية الجوهر لا حالة الصناعة بخلاف الحديد يتخذ سيفا. فإن مالية الحديد تصير تبعا لغرض السيفية.

١ - فى نسخة (ب) : «المنمنيات»

٢ - راجع ٢ / ١٥١

٣ - غير موجود فى نسخة (أ)

وكذلك الصفر يتخذ قماقم، فمالية الصفر تصير مقصودة والأصل يصير تبعا حتى سقط الربا ولا يبقيان من (أموال)(١) الربا،

ثم لايضمن عند أبى حنيفة (رحمه الله) للصنعة شيئا ؛ لأنهـا ما ازدادت إلا وصفا والوصف من الذهب والفضة لا يتقوم منفردا عن الأصل على ما مر،

(والله أعلم)

— * —

١ ـ فى نسخة (ب) : «الأموال»

مسـألة

[الخلاف فى حكم خلط المغصوب بمال الغاصب]

إذا اغتصب شيئا فخلطه بمال نفسه من جنسه خلطا لايمكن التمييز كالدهن بالدهن والخل بالخل ونحوهما انقطع حق صاحب الأصل عن المخلوط عند أبى حنيفة.

وعندهما : إن شاء شاركه فى العين وإن شاء ضمنه(١) كما لو اغتصب ثوبا فخرق خرقا فاحشا، أو كان خلط حنطة بشعير فقد ذكر فى كتاب الوديعة : إن شاء شاركه المودع فى العين وإن كان خلطهما غير المودع وغاب. ولو كان الخالط يملكها ما بقى لهما حق الأخذ والمصالحة.

وهذا ؛ لأن الخلط استهلاك من وجه ؛ لأن العين صارت بحيث لايوقف عليه كالعبد يأبق(٢) ؛ وغير هالك على الحقيقة ؛لأن الأجزاء بأعيانها باقية لكنها جهلت كالعبد الآبق، فبين أجزاء الحنطة والحنطة إذا اختلطت مجاورة. لا أن تنقلب شيئا آخر ؛ لأن الجوالقات(٣) لو تخرقت واختلطت الحنطة (بالحنطة)(٤) لم يكن هلاكا، بل كانت شركة. وإذا كان بفعل الغير لايكون إهلاكا، بل يكون اشتراكا بخلاف ما اذا خلطه بجنس آخر، فإن المغلوب يصير هالكا.

١ ـ كذلك إذا خلط المودع الوديعة بمال نفسه من جنسه خلطا لايمكن التمييز.
يرجع للمسألة بدائع الصنائع (٢١٣/٦) والهداية (٤٥٤/٧-٤٥٥)

٢ ـ سبق تعريف الإباق فى ١٠/ ٣١٨

٣ ـ الجَوَالِقَات : جمع الجُوَالِق والجُوَالَق ـ بكسر اللام وفتحها : اسم لوعاء. معرب.
قال سيبويه : الجمع : جَوَالِق . بفتح الجيم ـ وجَوَالِيق. ولم يقولوا : جوالقات، استغنوا عنه بجواليق.
قال فى لسان العرب (٣٦/١٠) : «وربما جوز الجوالقات غير سيبويه»
(الصحاح ١٤٥٤/٤ ولسان العرب ٣٦/١٠)

٤ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

ولو اختلط بنفسه ولا يبقى له حكم ولا أثر، فأن كان بفعل الغير يكون استهلاكا،

وهذا ؛ لأن الشيء اذا اختلط بجنسه كان بمنزلة النمو فى نفسه ؛ فإنه ما ازداد إلا أجزاء من جنسه، فلا يصير هالكا بنفسه كالصبى يكبر أضعاف أصله ، لا يصير شيئا آخر، وإذا كان بغيره لابد أن يتغير فى نفسه الى صنعة الغالب ولونه وغذائه ؛ فتتبدل الصورة والمعنى ، فتصير كالحب ينبت والماء يخلق ولدا فيكونان غيرين،

فثبت أن الاختلاط بجنسه لايوجب تبدل العين، وإنما تجهل أجزاءه فلا ينقطع الملك بالجهالة كالعبد يأبق والدرة تسقط فى البحر، ولكن تصير كالهالك بحكم الجهالة، فإن شاء مال إلى هذا فضمنه، وإن شاء مال إلى القيام(١) فطالبه برد العين ؛ لأنه ممكن بالقسمة(٢) ؛ لأنها جعلت إفرازا حكما من كل وجه فيما يكال ويوزن،

(انه)(٣) كلام واضح وحسن،

ولأبى حنيفة : أن المكيلات والموزونات إنما تعرف صورتها باجتماع أجزائها وإن كثرت وتكون كشيء واحد،

ألا ترى أنه إذا اشترى حنطة كثيرة فاستحق بعضها، ثبت له خيار الرد فيما بقى كعبد واحد استحق بعضه، ولو كان ثيابا فاستحق بعضها بعد القبض لم يثبت الخيار ؛ لأن كل ثوب قائم بنفسه فلم يثبت بذلك الاستحقاق شركة فى السلعة، وجعلت شركة فى الحنطة ولم يكن القفزان كالثياب،

وكذلك الموزونات،

١ - أى قيام ماله

٢ - وذلك لتقارب الأجزاء وتساوى الكيل أو الوزن

٣ - فى نسخة (ب) : «وإنه»

وإذا صار شيئا واحدا لم يشكل أن القفيزين غير القفيز والثلاثة غير العشرة، فإنها أعداد مختلفة بخلاف الصبى يكبر ؛ لأن الكبر تولد من الأصل، وههنا الزيادة من مال الخالط ولم يتولد من الأصل، فلا يصير منه حكما، وفى الحقيقة غيره، فيصير شيئا آخر من هذا الوجه بخلاف الثوب يخرق، فإنه لم يصر غير ثوب.

وكذلك الحنطة تختلط بالشعير ، ما صار شيئا آخر ؛ لأن التمييز بينهما ممكن إلا أنه متعذر، فمن حيث تعذر كان استهلاكا ومن حيث أمكن كان قائما فيخير صاحبه كما فى الخرق الفاحش.

وهذا كما جعلنا الخلط بخلاف الجنس استهلاكا للمغلوب بالغالب لتغير اللون والطعم، وإن كان حقيقة الوجود من الأول لا يتلاشى، فكذا ههنا يجعل هلاكا لتبدل الصورة فصورته من حيث يصير مالا متقوما بقدره لا بالحبة، وقدر هو جوالق غير قدر هو صاع أو قفيز.

وهذا ليس من قبيل الساجة يبنى عليها ؛ لأن الساجة تصير تبعا وصفة للأرض، فتصير شيئا آخر من هذا الوجه.

وهذا بعض الدراهم اذا خلط بدرهم لايصير وصفا للمخلوط ولا للكبير، بل هى بعض منها كالبعض الآخر.

هذا شىء يخيل شبهة لأبى حنيفة بعد جهد جهيد فلم أجد غير هذا إلا جهالة العين ، وهى لاتقطع العين عن قدرة تسليم، فإن القسمة افراز بعينه ورفع للجهالة، فلا يتعين الضمان للمالك.(١)

(والله أعلم)

— * —

١ - المفهوم من كلام المؤلف - رحمه الله - هو ميله الى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله.

مسـألة

[الخلاف فى حكم صبغ الثوب المسروق بعد قطع يد السارق]

السارق اذا صبغ الثوب (أحمر أو أصفر)(١) بعد ما قطعت يمينه ملك الثوب(٢)

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

التقييد بأحمر أو أصفر ليس بشرط، بل كذلك كل لون يزيد قيمة الثوب، للمزيد من المعرفة راجع فتح القدير لابن الهمام ١٧٦/٥ ومختصر الطحاوى ص ١٢٠، والبحر الرائق ٦٧/٥

٢ - مطابقة المسألة بكتاب الغصب هى فى إحداث السارق فى المسروق حدثا يزيد فى قيمته مثل إحداث الغاصب فى المغصوب حدثا يزيد فى قيمته،

وفى كلا الحالين يكون الثوب أصلا قائما ويكون الصبغ تبعا،

قال فى بدائع الصنائع (٨٩/٧) : «وإن أحدث حدثا أوجب الزيادة فالأصل فى هذا أن السارق اذا أحدث فى المسروق حدثا لو أحدثه الغاصب فى المغصوب لانقطع حق المالك ينقطع حق المسروق منه وإلا فلا»

إلا أن فى الغصب يضمن الغاصب للمالك مثل المغصوب أو قيمته وفى السرقة لايضمن السارق للمالك شيئا لمانع وهو القطع،

وذلك ؛ لأن القطع والضمان لايجتمعان فى سرقة واحدة عند الحنفية استدلالا بقوله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله، والله عزيز حكيم﴾ (سورة المائدة -٣٨) وبالمعقول،

الاستدلال بالآية الكريمة من وجهين :

أحدهما : أن الله سبحانه وتعالى سمى القطع جزاء، والجزاء يبنى على الكفاية ، فلو ضم إليه الضمان لم يكن القطع كافيا فلم يكن جزاء، تعالى الله سبحانه عز شأنه عن الخلف فى الخبر،

والثانى : أنه جعل القطع كل الجزاء ؛ لأنه عز شأنه ذكره ولم يذكر غيره فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء فيكون نسخا لنص الكتاب العزيز،

والاستدلال بالمعقول - أيضا من وجهين ، أحدهما بناء والآخر ابتداء،

أما وجه البناء فهو : أن المضمونات عند الحنفية تملك عند أداء الضمان أو أختياره من وقت الأخذ، فلو ضمن السارق قيمة المسروق أو مثله لملك المسروق من وقت الأخذ فتبين أنه قطع فى ملك نفسه وذلك لايجوز، =

= وأما وجه الابتداء فهو : أن الضمان إنما يجب بأخذ مال معصوم ثبت عصمته حقا للمالك، فيجب أن يكون المضمون بهذه الصفة ليكون اعتداء بالمثل فى ضمان العدوانات، والمضمون حالة السرقة خرج من أن يكون معصوما حقا للمالك بدلالة وجوب القطع لو بقى معصوما حقا للمالك لما وجب، إذ الثابت حقا للعبد يثبت لدفع حاجته، وحاجة السارق كحاجة المسروق منه، فتتمكن فيه شبهة الإباحة، وإنها تمنع وجوب القطع، والقطع واجب، فينتفى الضمان ضرورة، إلا أنه وجب رد المسروق حال قيامه ؛ لأن وجوب الرد يقف على الملك لا على العصمة،

ألا ترى أن من غصب خمر المسلم يؤمر بالرد إليه لقيام ملكه فيها، لو هلكت فى يد الغاصب لا ضمان عليه لعدم العصمة، فلم يكن من ضرورة سقوط العصمة الثابتة حقا للعبد زوال ملكه عن المحل،

وههنا الملك قائم فيؤمر بالرد إليه والعصمة زائلة فلا يكون مضمونا بالهلاك،

(يرجع للمزيد من المعرفة فى ذلك والمسائل المترتبة عليه والخلاف إلى بدائع الصنائع ٨٤/٧-٨٥ وفتح القدير لابن الهمام ١٦٩/٥ وما بعدها والبحر الرائق ٦٥/٥)

ومن الملاحظ عدم استعمال كثير من العلماء لفظ الملكية فى المسألة، ومن باب المثال ما قال فى الهداية (١٧٥/٥) : «لم يؤخذ منه الثوب» أى من السارق - بدلا من «ملك الثوب» وقال فى البدائع (٩٠/٧) : «لاسبيل للمالك على العين المسروقة» وفى كنز الدقائق (٦٦/٥) : «لايرد» أى الثوب المسروق،

هذه العبارات أنسب فى المسألة وأحب الى النفس المسلمة لحصول تلك الملكية بوجه محظور وللزوم الرد على السارق ديانة وإن تعذر ذلك قضاء، والله أعلم،

قال فى بدائع الصنائع (٩٠/٧) : «ههنا حق السارق فى الصبغ متقوم وحق المالك فى أصل الثوب ليس بمتقوم فى حق السارق لأجل القطع، ألا ترى أنه لو أتلفه السارق لاضمان عليه، فاعتبر حق السارق، وجعل حق المالك فى الأصل تبعا لحقه فى الوصف وتعذر تضمينه لضرورة القطع فيكون له مجانا، ولكن لايحل له أن ينتفع بهذا الثوب بوجه من الوجوه، كذا قال أبو حنيفة - رحمه الله - ؛ لأن الثوب على ملك المسروق منه، إلا أنه تعذر رده وتضمينه فى الحكم والقضاء، لمالم يملكه السارق لايحل له الإنتفاع به ؛ لأنه ملكه بوجه محظور من غير بدل لتعذر إيجاب الضمان، فلا يباح له الانتفاع به،

ويجوز أن يصير مال إنسان فى يد غيره على وجه يخرج من أن يكون واجب الرد والضمان إليه من طريق الحكم والقضاء،لكن لايحل له الإنتفاع به فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى كالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فأخذ شيئا من أموالهم لايحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله جل جلاله، =

عند أبى حنيفة وأبى يوسف(١) .

وقال محمد : لايملك(٢) ؛ لأن الثوب أصل والصبغ وصف، وكل واحد منهما قائم من كل وجه ؛ فيملك الوصف بالأصل (كما)(٣) لو كان غاصبا / لا سارقا ،وكما قبل قطع اليمين(٤) وكالأرض يبنى عليها . [٥٣٢أ]

= وكذلك الباغى إذا أتلف مال العادل ثم تاب، لايحكم عليه بالضمان ويفتى به فيما بينه وبين الله جلت عظمته، وكذلك السارق اذا استهلك المسروق لايقضى عليه بالضمان ولكن يقضى به فيما بينه وبين الله تعالى

وكذا قاطع الطريق إذا قتل إنسانا بعصا ثم جاء تائبا بطل عنه الحد ويؤمر بأداء الدية إلى ولى القتل، ولو قتل حربى مسلما بعصا ثم أسلم لايفتى بدفع الدية الى الولى بخلاف الباغى وقاطع الطريق، والفرق : أن القتل من الحربى لم يقع سببا لوجوب الضمان ؛ لأن عصمة المقتول لم تظهر فى حقه ، فلا يجب بالإسلام ؛ لأنه يجب ما قبله، وقال الله تعالى : ﴿قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف...﴾ سورة الأنفال - ٣٨- بخلاف قاطع الطريق ؛ لأن فعله وقع سببا لوجوب الضمان إلا أنه لايحكم بالضمان لمانع - وهو ضرورة اقامة الحد إلا أن الحد اذا لم يجب لشبهة يحكم بالضمان فيظهر أثر المانع فى الحكم والقضاء لا فى الفتوى،

وكذا فعل الباغى وقع سببا لوجوب الضمان لكن لم يحكم بالوجوب لمانع - وهو عدم الفائدة لقيام المنعة، وهذا المانع يخص الحكم والقضاء فكان الوجوب ثابتا عندالله سبحانه وتعالى فيقضى به،»

١ - كذا فى الهداية (١٧٥/٥) وشرحه فتح القدير (١٧٥/٥) والعناية ١٧٥/٥ والبحر الرائق (٦٦/٥) وذكر فى بدائع الصنائع (٩٠/٧) بأن أبايوسف مع محمد بن الحسن حيث قال : «لو صبغه أحمر أو أصفر فكذلك لاسبيل للمالك على العين المسروقة فى قول أبى حنيفة -رحمه الله- وفى قولهما : يأخذ المالك الثوب ويعطيه مازاد الصبغ فيه»
ثم ذكر وجه الكل،

٢ - يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٩٠/٧ وفتح القدير ١٧٥/٥ والبحر الرائق ٦٦/٥

٣ - فى نسخة (ب) : «لما»

٤ - المؤلف - رحمه الله - ممن صرح باختلاف الحكم بتأخير الصبغ عن القطع أو بتقديمه، وأكثر الفقهاء - رحمهم الله - على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده، قال فى العناية (١٧٥/٥) : «قال صاحب النهاية - يصور المسألة - : سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه =

ولهما : أن ملك السارق فى مالية الصبغ قائم فى نفسه وضمانه، فإن المسروق منه متى أتلفه ضمن، وملك المسروق منه فى الثوب قائم من وجه دون وجه، فإن الثوب ما بقى بعينه كان له أن يسترده، وإذا أتلفه السارق لم يضمن (شيئا)(١) كأنه لا ملك له ولا مالية لثوبه، فإذا كان ملك السارق أقوى يرجح على ملك المسروق منه لما ذكرنا أن الترجيح أولا لايعتبر من حيث (الملك، ثم من حيث)(٢) محل الملك،

ألا ترى أنا قلنا إذا اغتصب ثوبا وخاطه قميصا ملكه الغاصب، والخياطة صفة الثوب ؛ لأن الثوب قائم من وجه دون وجه، والخياطة قائمة من وكل وجه، فرجحنا الخياطة على الثوب لهلاك الثوبية من وجه بالقطع ونقض بعض التركيب،

فكذلك ههنا إلا أن بعض الهلاك فى الثوب من حيث الصورة المحسوسة، وههنا من حيث الحكم المعقول، وهو عدم الضمان إذا استهلك ، كأنه لم يكن ملكا للمسروق منه فظهرت الحسية فلم يختلفوا فيها، وأشكلت الحكيمة، فاختلفوا فيها، (والله أعلم)

— * —

=أحمر...الخ» فإن لفظ رواية الجامع الصغير : محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى السارق يسرق الثوب فيقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر قال : ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق،

وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله : ثم صبغه ؛ لأن الواو للحال وهى لا تدل على التعقيب،»

(راجع أيضا عبارة بدائع الصنائع ٩٠/٧، وفتح القدير لابن الهمام ١٧٥/٥ وحاشية سعدى حلبى على العناية ١٧٥/٥)

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - مابين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

مسـألة

[الخلاف فى حكم البناء على أرض مشتراة شراء فاسدا]

المشترى للأرض شراء فاسدا إذا قبض وبنى فيها(١) إنقطع حق البائع عند أبى حنيفة،

وعندهما : لاينقطع(٢) ؛ لأن يد المشترى فى وجوب الرد كيد الغاصب بدليل أنه يلزمه الرد بزوائده المتصلة والمنفصلة (جميعا)(٣)

(إلا)(٤) أنا نقول : ملك المشترى فى البناء قائم من كل وجه وملك البائع فى (الساحة)(٥) زائل حقيقة إلا أن له حق الاسترداد، فكان ملك المشترى - إن كان فى الوصف - أولى، كما قلنا فى مسألة السارق،

— * —

١ - كذلك إذا غرس فيها (الهداية ١٠٢/٦)

٢ - يرجع للمسألة إلى فتح القدير لابن الهمام ١٠٢/٦-١٠٣ والعناية ١٠٢/٦-١٠٣ والبحر الرائق ٩٦/٦-٩٧

مطابقة المسألة بكتاب الغصب فى تفرعها عن أصل وهو : أن المشترى متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك فى الغصب ينقطع به حق البائع فى الاسترداد كما إذا كان حنطة فطحنها،(البحر الرائق ٩٦/٦)

وفى قياس أبى يوسف ومحمد - رحمهما الله - يدالمشترى الذى قبض المبيع بشراء فاسد على يد الغاصب فى وجوب الرد،

٣ - غير موجود فى نسخة (أ)

٤ - غير موجود فى نسخة (أ)

٥ - فى نسخة (ب) : «الساجة»

مسـألة

الخلاف فى حكم استهلاك خمر مستقرض أو مغصوب أو مشترى من ذمى]

من استقرض من ذمى خمرا أو (غصبه أو اشتراه منه)(١) ، استهلك خمره ثم أسلم الطالب(٢) أو المطلوب(٣) برىء الضامن(٤) عند أبى يوسف، ورواه عن أبى حنيفة،

وقال محمد : إذا أسلم المطلوب لم يبرأ(٥) ، ورواه عن أبى حنيفة،

وكذلك روى(٦) زفر و (عافية)(٧) عن أبى حنيفة،

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ) و (ب) والإثبات من نسخة (ج) وبه تظهر مطابقة المسألة بكتاب الغصب،

٢ ـ الطالب : هو المتلف عليه

٣ ـ المطلوب : هو المتلف

٤ ـ أى المطلوب،

٥ ـ ويتحول ما على المطلوب الى القيمة (بدائع الصنائع ١٦٧/٧)

إن الخلاف فى هذه المسألة فى حالة إسلام المطلوب دون الطالب ـ كما ذكر المؤلف رحمه الله وكذلك إذا تأخر اسلام الطالب عن اسلام المطلوب (بدائع الصنائع ١٦٧/٧)

وأما إذا أسلما جميعا أو أسلم الطالب فقد برئت ذمة المطلوب وسقطت عنه الخمر بلا خلاف فى المذهب (بدائع الصنائع ١٦٧/٧)

٦ ـ أى مثل رواية محمد ـ رحمه الله ـ

٧ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «الغافية» وفى نسخة (ج) : «عاقبة»

عافية هو: عافية بن زيد بن قيس القاضى الأُدِّىّ، نسبة إلى أودبن صعب بن سعد العشيرة، أحد تلامذة أبى حنيفة ـ رحمه الله عليهم ـ

قال فى الجواهر المضية (٢٨٤/٢) : «قال اسحاق بن إبراهيم : كان أصحاب أبى حنيفة يخوضون معه فى المسألة، فإذا لم يحضر عافية قال أبو حنيفة لاترفعوا المسألة حتى يحضر عافية، فإذا حضر عافية ووافقهم، قال : أثبتوها»

كان رحمه الله من خيار القضاة، مات بعد سنة مائة وستين،

(الجواهر المضية ٢٨٤/٢-٢٨٥ وتقريب التهذيب ص ٢٨٧)

لأبى يوسف : أن الطالب استحق ضمانا على المطلوب بشرط أن يملك المطلوب ما عليه بأداء الضمان، والطالب بالإسلام يعجز عن تمليك ما عليه من الخمر، والضمان حق له بهذا الشرط حين وجب، فلا يبقى حقا بدونه كمن هشم قلب(١) إنسان، فإن ضمان الجودة يجب حقا للمالك، ولكن بشرط أن لايأخذ الأصل بل يدع عليه ويضمنه القلب جيدا كذلك، فإذا أمسك الأصل بطل حقه،

ولمحمد : أن المطلوب إذا أسلم عجز بإسلامه عن تسليم خمر الذمى إليه، والخمر مضمونة عليه فيضمن قيمتها كما لو غصب خمر ذمى واستهلكها بخلاف ما اذا أسلم الطالب، فإن الذمى عجز عن تسليم خمر الطالب إليه وهو مسلم، والعجز عن تسليم خمر المسلم لايوجب ضمانا للمسلم كما إذا استهلك خمر مسلم،

وقول أبى يوسف : «إنه استحق الضمان بشرط التمليك» فلا كذلك، بل استحق الضمان خلفا عن حقه فى الأصل وجبرا لحقه الفائت، واستحق أخذ الدين بالعين ؛ لأنه لايمكن إلا هكذا ، والقبض حقه ثم المبادلة تثبت حكما لا وصفا ؛ فإن أصله تعد وهو الاستهلاك، أو استرداد عارية فى القرض لا مبادلة على ما عرف فى الصرف،

فإن أمكن اعتبار الحكم مع أصل الوضع جمعنا، وإن لم يمكن اعتبار المبادلة وجب الضمان بالتعدى لا غير،

ألا ترى أنه إذا غصب مدبرا فأبق ضمن ولم يملك الأصل،

(والله أعلم)

— * —

١ - راجع لتعريف القلب ١٤٦/١

مسـألة

المشترى من الغاصب إذا اعتق.... فذكر فى البيوع(١)

— * —

مسـألة

هذا ثوبى سرق منى، تذكر فى الجامع

— * —

مسـألة

اذا كسر الملاهى، ذكرناها على التمام فى باب الصيد وفى الإجارات مع الأجير المشترك إذا دق فخرق(٢) ، والله أعلم

— * —

تمت مسائل كتاب الغصب

— * * * —

١ ـ قال فيه : «المشترى من الغاصب إذا اعتق العبد ثم أجاز المالك البيع لم ينفذ العتق قياسا عند محمد وزفر.

وقال أبوحنيفة وأبو يوسف ينفذ استحسانا»

(راجع للتفصيل كتاب البيوع / فصل اختلاف الناس فى الجواز والفساد وبمعنى فى العاقد ٢٨٧/١

٢ ـ راجع ٢/ ١٧٩ من كتاب الإجارات

و كذلك مر فى كتاب الغصب فى ص : ١٣٥

كتاب الكفـــالـــة

كتـــاب الكفـــالة(١)

بسم الله الرحمن الرحيم

[الخلاف فى حكم الكفالة بالنفس]

قال علماؤنا : الكفالة بالنفس سواء ادعى مالا أو قصاصا أو حد قذف، وكذلك بالأعيان المضمونة فى نفسها أو المضمونة بردها كالعوارى وعين آجره ولم

١ ـ الكفالة :

فى اللغة : من كَفَلَ المال وبالمال : ضمنه

وكفل بالرجل يَكْفُلُ ويَكْفِل كَفْلاً وكُفُولاً وكَفَالَة

وكَفَلَ وكَفِلَ وتَكَفَّلَ به، كله : ضَمِنَه

وأكفله إياه وكفَّله : ضَمَّنَه،

تَكَفَّلَ بالشيء : ألزمه نفسه وتحمل به يقال : تكفل بالدين : التزم به

يقال : كَفَلَ المال وكفل عنه المال لغريمه فهو كافل، والجمع كُفّل

وهو وهى كفيل، والجمع : كُفَلاء،

وذكر فى المصباح المنير (٥٣٦/٢) أن الليث فرق بين الكفيل والكافل فقال : «الكفيل : الضامن والكافل : هو الذى يعول إنسانا وينفق عليه»

وقال فى الصحاح (١٨١١/٥) : «الكافل : الذى يكفل إنسانا يعوله، ومنه قوله تعالى : ﴿ وكفلها زكريا﴾ سورة آل عمران ـ ٣٧

وقال فى المغرب (٢٢٧/٢) : «الكفيل : الضامن، وتركيبه دال على الضم والتضمن»

(يرجع : إلى الصحاح ١٨١١/٥ ولسان العرب ٥٨٩/١١ـ٥٩٠ والمصباح المنير ٥٣٦/٢ والمغرب ٢٢٧/٢)

وفى الشرع : هى ضم الذمة إلى الذمة فى حق المطالبة،

(الهداية ٢٨٣/٦، تحفة الفقهاء ٢٣٧/٣ واللباب فى شرح الكتاب ١٥٢/٢ وأنيس الفقهاء ص ٢٢٣ وكنز الدقائق ٢٠٤/٦)

ثم الكفيل هو من يقبل الكفالة وضم ذمته إلى ذمة الآخر ـ أى تعهد بما تعهد به الآخر.

والمكفول له : هو الطالب ومن له الدين فى خصوص الكفالة

والمكفول عنه : هو المطلوب ومن عليه الدين، وهو الأصيل بالنسبة للكفيل،

والمكفول به : هو الشيء الذى تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه

(أنيس الفقهاء ص٢٢٣ وشرح المجلة ص٣٣٥)

يسلمه (جائزة)(١)

وقال الشافعى - رحمه الله - الكفالة بالنفس باطلة.(٢)

وأما العين المغصوبة، فمنهم من قال : يجوز

ومنهم من قال : لايجوز(٣) . وهو الأقيس على مذهبه وإمامنا شريح(٤) .

وهذا ؛ لأن الأصل عنده - والله أعلم - : أن الكفالة لإقامة الكفيل مقام الأصل فى إلتزام أصل المضمون على سبيل الضم إليه دون التحويل إليه.

١ ـ فى نسخة (ب) : «ها مزة»

يرجع لجواز الكفالة بالنفس عند الحنفية إلى الكتاب للقدورى ١٥٢/٢ والهداية ٢٨٥/٦ وتحفة الفقهاء ٢٤٣/٣ وملتقى الأبحر ٥٦/٢

قال القدورى فى كتابه (١٥٢/٢) : «الكفالة ضربان : كفالة بالنفس وكفالة بالمال.

فالكفالة بالنفس جائزة، والمضمون بها إحضار المكفول به.»

٢ ـ والظاهر عند الشافعية صحتها

قال فى روضة الطالبين (٢٥٣/٤) : «كفالة البدن - يسمى أيضا كفالة الوجه - وهى صحيحة على المشهور، وقيل : تصح قطعا.

فتجوز ببدن من عليه مال.

فإن كانت لآدمى كالقصاص وحد القذف صحت الكفالة على الأظهر.

وقيل : لاتصح قطعا.

وإن كانت حدا لله تعالى لم تصح على المذهب.»

راجع أيضا للمسألة الى المهذب ٣٤٩/١-٣٥٠

٣ ـ المهذب ٣٥١/١

٤ ـ روى أن القاضى شريح - رحمه الله - حبس ابنه الذى كفل برجل عليه دين.

قال البيهقى فى سننه - كتاب الضمان / باب ما جاء فى الكفالة ببدن من عليه حق (٧٧/٦) : «أخبرنا أبو عبدالله الحافظ أنبأنا أبو الحسن الطرائفى سعيد حدثنا نعيم ابن حماد حدثنا ابن المبارك حدثنا سليمان الشيبانى قال : سمعت حبيبا الذى يقدم الخصوم إلى شريح قال : خاصم رجل ابنا لشريح إلى شريح كفل له لرجل عليه دين فحبسه شريح، فلما كان الليل قال : اذهب إلى عبدالله بفراش وطعام، وكان ابنه يسمى عبدالله.»

ولا خلاف على اعتبار الضم ؛ لأن الكفيل فى اللغة : هو الضم،

والدليل على أنه (مضموم)(١) الى الأصل فى إلتزام أصل الضمان : أنه مطالب به مثل الأصل، وإذا صالح عما ضمن على شيء آخر من صنوف الأموال أو أدى مكان الجياد زيوفا رجع على الأصل بأصل الواجب ؛ لأنه صار بمنزلته فى التزام الأصل، والأصل لو ادعى غير الواجب أو غيره بدلا عنه ملك أصل الواجب وصار له، فكذلك الكفيل،

وإذا صار الأصل له رجع به عليه إذا كان بأمره، وصحت الكفالة فى حقه، لولاه لما جاز ولما ملك ؛ لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين، وهذا لايجوز،

ولا يقال : إنه يرجع بحكم الأداء عنه ؛ لأنه لو كان كذلك لرجع بما أدى كما لو قال : «اقض عن دينى» وقضى زيوفا رجع بذلك،

وكذلك لو صالح عنه لم يرجع بأصل الدين إلا أن يشاء الآمر ذلك،

فثبت أنه يرجع بحكم أنه ملك ما عليه

وهذا ؛ لأن الكفالة اقراض الذمة كما أن القضاء عنه بأمره إقراض ما وقع القضاء به، ثم الدين يتعلق بعين ما أقرضه المأمور بالقضاء، وكذلك / ههنا يتعلق بالذمة، [٥٣٢ب]

وكذلك صاحب المال لو وهب الكفيل ما كفل رجع (به)(٢) على الأصل ولو لم يصر عليه الدين لما ملك (كما)(٣) قبل الكفالة،

١ - فى نسخة (ب) : «مضمون»

٢ - غير موجود فى نسخة (أ)

٣ - غير موجود فى نسخة (ب)

وأما المتبرع إذا كفل وصالح وأدى لم يرجع على الأصيل ؛ لأنه فى حقه غير كفيل ولا مؤد ؛ لأنه لم يأمره بذلك فلا ينفذ فعله عليه، وصار فى حقه كأنه أدى بلا كفالة، والمؤدى بلا كفالة فى حقه كأن الدين يسقط عنه بلا أداء على ما عرف فى موضعه.

وإذا ثبت أن الكفالة تضم الكفيل (إلى)(١) الأصيل فى التزام أصل المضمون، صح بالديون ؛ لأن محلها الذمم، فيمكن ضم الذمة الى الذمة فى إلتزام كما أمكن النقل من ذمة إلى ذمة أخرى بالحوالة.(٢)

فأما الأعيان المضمونة فلا تكون الذمم محل أصل المضمون، فانه عين فى يده أو داره فلا يتصور ثبوته فى الذمة، ولا أن يصير فيها إلا بعد الهلاك وقيام الدين فى الذمة مقامه(٣) ، وإذا لم يكن المضمون فى الأصل مما يجوز ثبوته في الذمة لم يثبت على ذمة الكفيل بعد الكفالة ؛ وإنما يثبت عليه بيد يحدثه فى العين بتسليم الرد مضمونا عليه كما على الأصيل، وإذا لم يثبت الأصل فى الأعيان على الكفيل بعقد الكفالة لم يصر التسليم مضمونا عليه ؛ لأنه بناء على الأصل كالبيع الذى لايوجب للمشترى ملك الأصل بوجه، فإنه لايوجب له ملك التصرف.

وكذلك إذا لم يزل عن البائع ملك الأصل لم يزل ملك التصرف ؛ لأن ملك التصرف بحق الملك مبنى على ملك الأصل، والمطالبة بتسليم المضمون كذلك يتبنى على أصل المضمون.

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - سبق ذكر الحوالة وتعريفها فى ٢/ ٥٧

٣ - مقام أصل المضمون.

ويدل عليه : إذا كفل بشرط براءة الأصل، صار عليه أصل الدين بلفظ الكفالة، وهى موجودة ههنا. إنما زاد براءة الأصل، فلم يثبت فى مسألتنا هذه البراءة.

قال : ويدل على ما ذهبنا فى مسألتنا هذه أن الكفيل بالدين إنما يلزمه الأداء من مال نفسه كما لو كان أصيلا. ولو كانت الكفالة بتسليم ما على الأصل لما كلف الأداء من مال نفسه. بل ألزم إحضار الكفيل ليؤدى كما فى الكفالة بالنفس.

أو نقول : إن الكفالة تنعقد على إلزام ضمان يمكنه الأداء من عند نفسه، وهذا لايتصور فى الكفالة بالنفس والأعيان المضمونة.

أو نقول : إن الكفالة تنعقد للأداء لا محالة، (فإنه)(١) يطالب به بالإجماع. وإذا مات المكفول بنفسه بطلت الكفالة بالإجماع لوقوع العجز عن التسليم(٢) ، فإذا قارن العجز العقد منع من الصحة كبيع ما لايمكن تسليمه، وإذا كفل بنفس رجل لايقدر على تسليمه ؛ لأنه لا ولاية عن المكفول عنه، خاصة إذا كفل بغير أمره خصوصا إذا كان غائبا.

وكذلك بالأمر ؛ لأن الأمر لايطلق له ولاية عليه. ألا ترى إذا كفل عن دينه بأمره لم تثبت له ولاية على ماله حتى إذا طولب بالأداء من مال نفسه ولم يكن له الأداء من مال الآمر، ولا كان له حق الأخذ منه مالم يؤد. وإذا أدى طالبه(٣) بالأداء حينئذ.

١ - فى نسخة (أ) : «لأنه»

٢ - راجع الكتاب للقدورى ١٥٤/٢ والمبسوط ١٦٣/١٩ وبدائع الصنائع ١٣/٦ والهداية ٢٨٩/٦ والمهذب ٣٥١/١ ومغنى المحتاج ٢٠٤/٢

استثنى من ذلك إذا اراد المكفول له اقامة البينة على صورة المكفول بنفسه ولم يفسد البدن. (مغنى المحتاج ٢٠٤/٢.)

٣ - أى طالب الآمر

وكذلك فى الإعتاق، لما لم تثبت له ولاية على ما فى يدى الأصيل بالكفالة بقى عاجزا عن التسليم فلم يصح كالكفالة محمولة بأعيانها استأجرها رجل وكفل رجل عنه بها للمستأجر ؛ فإنه لايصح لهذه المعانى.

ألا ترى لو كانت حمولة بغير أعيانها صحت الكفالة ؛ لأنه (يقدر)(١) على الأداء من عند نفسه إذا لم يكن بأعيانها، حتى قلتم: إذا كفل بنفس رجل بغير أمره ثم سأل القاضى أن يحضره ؛ فلم يجبه إليه ؛ لأنه متبرع.

فصار للشافعى طريقان فى المسألة :

أحدها من جانب المضمون والآخر من جانب الأداء، وكلاهما معنيان راجعان إلى الفقه.

وأما علماؤنا فإنهم ذهبوا (إلى)(٢) أن الكفالة لالتزام المطالبة بالمضمون الذى على الأصل من غير أن يلتزم أصل الدين فكان إفراض الذمة لإلزام المطالبة دون المطالب.

الدليل عليه : أن الدين واحد لصاحب الحق. وبالكفالة لم يصر دينين ولا صار حق المطالب ألفين بعد ما كان ألفا، وإنما هى ألف واحدة وهى ثابتة على الأصل بالإجماع فلا تكون ثابتة على الكفيل ؛ لأن الشىء الواحد لايتصور حلوله بمكانين حقيقة فى حال واحدة.

١ ـ فى نسخة (ب) : «لايقدر»

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ فى نسخة (ب) : «مكانين»

ألا ترى أن الحوالة لما أوجبت الدين على الحويل برىء الأصل واعتبره بعين ترى فى (مكان)(١) ثم حل مكانا آخر فرغ الأول، ومتى لم يفرغ الأول فرغ عنه سائر الأمكنة، فهذه حقيقة (لا نزاع)(٢) فيها لأولى الرأى.

واذا كان كذلك صار الدين المضمون والعين المضمونة سواء ؛ لأنه فى الحالين التزام مطالبة بتسليم مضمون هو عند الأصيل أو عليه ما يفارق الدين العين إلا فى مكان وجوده قبل الأصيل. وأما هما سواء فى أنه ليس قبل الكفيل بعد الكفالة، وإنما عليه المطالبة الى أن يسلم.

فان قيل : إنا نسلم أن الشىء الواحد لايحل مكانين فى ساعة واحدة حقيقة، ولكنا نقول : يصير الدين (الواحد)(٣) فى حكم (دينين)(٤) فى شغل الذمتين، وكما أن يجعل الميت فى حكم الحى وإن تضادا (حقيقة)(٥) ، كذلك جائز أن يجعل الواحد (فى حكم الاثنين)(٦) من حيث شغل الذمتين كأنهما دينان. ألا ترى أنك جعلته فى حكم الدينين فى حق المطالبة، فإن الأصل (حيث)(٧) لا كفالة فى جمع الديون أن صاحبه لايطالب به إلا رجلا واحدا.

قلنا : نعم، هذا جائز حكما، ولكن لايصار إليه إلا لضرورة لايمكن دفعها إلا به، والضرورة ههنا ظهور الشغل فى ذمة الكفيل مع بقاء شغل الأصل. وإنما ظهر على الكفيل من حيث أنه يطالب بالأداء، ولم يظهر فيما سواه، وهذه الضرورة تندفع

١ ـ فى نسخة (ب) : «ألا نزاع»

٢ ـ فى نسخة (ب) : «لواحد»

٣ ـ فى نسخة (ب) : «الدينين»

٤ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

٥ ـ فى نسخة (ب) : «فى حكم الإثنين حقيقة»

٦ ـ فى نسخة (ب) «حسب»

بما قلناه. وهو التزام المطالبة بما على الأصيل، فلم يضطر إلى أن يجعل أصل الدين فى حكم الدينين.

فإن قيل : الضرورة حصلت بما شملت / من المطالبة، فإن المطالبة تبع [٥٣٣أ]
(لأصل)(١) الدين، فلا يجوز أن تثبت منفردة عن الأصل إلا على سبيل النيابة عن الأصل كالوكيل بتقاضى الدين يملك المطالبة بلا ملك المطالب، والكفيل يلزمه لا على سبيل النيابة بما ليس عليه، بل بما لزمه.

قلنا : عندى يجوز تفرد ملك المطالبة عن المطالب، فإن الوكيل بالبيع يملك المطالبة بالثمن كأنه باع مال نفسه. ولأن الثمن ليس له. والوكيل بالشراء يطالب منه الثمن كأنه اشترى لنفسه، وأصل الواجب من الثمن على الموكل، فإن المبيع حصل له، فلا يستقيم هذا السؤال.ولأن المطالبة بالإجماع قابلة للتصرف دون الأصل. فإنها تتأخر بالتأخير والملك ثابت للحال وكذلك قبل أيضا الالتزام دون الأصل، وجرى مجرى التصرف فى العين فإنه يجوز إفراد ملك التصرف عن ملك الغير، فإن الرجل مرة ينقل ملك التصرف إلى غيره ومرة ينقل ملك العين بنفسه.

وكذلك الصبى محجور عن ملك التصرف دون ملك العين حتى أنه إذا ملك أباه عتق عليه فلم يظهر الحجر فى حقه وإن أدى إلى العتق.

فإن قيل : سائر الأحكام التى قلناها تدل على صيرورة أصل الدين عليه(٢) ضرورة.

قلنا : إن تلك الأحكام كلها تثبت بالتزام المطالبة ووجوب التسليم عليه فإن التسليم لما لزمه والدين لايؤدى من محل ثبوته - وهو الذمة - ولكن من محل غير ثابت فيه - وهو العين التى سلمها المديون إليه من خالص ملكه - لم يكن للكفيل

١ - فى نسخة (ب) : «الأصل»

٢ - أى على الكفيل.

الرجوع الى محل الثبوت لتصحيح الأداء وإن مثل ذلك المحل الذى يؤدى منه الأصل قائم مع الكفيل وهو دراهم مثل الدين غير مشغولة بوجوبه فيها، فاذا صار بمنزلة من عليه الدين عند تحقيق الأداء اعتبرنا الأصل ضرورة إذا جاء الأداء بعين الواجب أم بغيره صلحا فملك الدين كان عليه للضرورة وإن لم يكن، وإذا كانت الضرورة تلجئنا إليه حال الأداء لم نجعل الدين فى نفسه فى حكم دينين إلا عند الأداء وتحقيق أحكامه فلم تدل هذه الأحكام على صيرورة الدين فى حكم دينين حتى ما صحت الكفالة،

وإذا ثبت هذا فى الأداء فكذلك إذا وهب له ؛ لأن الهبة للتمليك، وقد ذكرنا أنه فى حكم دينين اذا جاء حال ملك ما عليه (لأن المطالبة التى عليه لايتصور دخولها فى ملكه ؛ لأنها فعل الطالب ووضعه وأصل الدين عليه مال)(١) لغيره فيقبل الدخول فى ملكه كسائر الأموال،

ألا ترى أنه يبرئه كما قلنا فى الملك الذى يقع للأداء، فاعتبر حينئذ بدينين، وقلنا إذا أبرأه عن الدين لم يرجع على الأصل ولا يصير كالأصل فيه، فإن الأصل سواء فى حقه الإبراء والهبة ؛ لأن الإبراء فى الوضع للإسقاط، والمطالبة تحتمل الإسقاط فصلح محلا للإبراء (فلم يضطر)(٢) إلى تصحيحه على حكم من عليه الدين، ولا دين عليه على ما قلناه، فقلنا : لايرجع على الأصل بشىء إذا أبرأه ولا يرتد إبراؤه برده بخلاف الأصل ؛ لأن الأصل عليه وهو مال يحتمل التمليك والتملك، فلم يحل الإسقاط إليه عن حكم وقوع الملك فارتد برده وإن تم بالمسقط (وحده)(٣) ،

١ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (أ)

٢ ـ فى نسخة (ب) : «فلم يضر»

٣ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

ودل عليه : أن إبراء الكفيل لايوجب إبراء الأصيل ؛ لأن الدين عليه وإبراء الأصل يوجب إبراء الكفيل ؛ لأن الدين ليس عليه، وإنما كان عليه مطالبة بما على الأصل، فلما سقط المطالب به سقطت المطالبة.

فأما قوله : «إنه لالتزام مطالبة بما عليه الأداء من غيره» فغير مسلم له، فإن الكفالة استئناف لجانب الالتزام لأداء المضمون لا لأداء شيء آخر، فإن الالتزامات كلها تقتضى أداء عين الملتزم لا غيره، إلا أن الدين لايتصور أداءه إلا بغيره، (فلذلك)(١) لم يتعرض للأصيل حال الأداء ؛ لأن الغير معه موجود، وأما العين فلا يؤدى إلا بعين مضمونة، وذلك مع الأصيل فيجب المصير إليه، فكان أداء الدين من مال غير واجب بعقد الكفالة، ولكن لكون المضمون غير قابل للأداء بعينه، فأما لو قيل : فما استوفى (إلا عين المضمون)(٢) والعين قابلة للملك، فبقى مكان التسليم على ما اقتضاه عقد الكفالة، وهو تسليم المضمون حيث هو، وهو على الأصل، وعنده دينا أو عينا.

فإن قيل : هذه العلة مسلمة لكم فى الكفالة بالعين المقصود ؛ لأنه مضمون، وغير مسلمة فى النفس المدعى عليه فإنه غير مضمون نفسه على المدعى عليه.

قلنا : تسليم نفسه مضمون عليه للمدعى فى مجلس الحكم بدليل أنه متى طلبه من الحاكم أجابه إليه واستحضره، ومتى لم يطلبه لم يستحضره.

وبهذا يتبين الوجوب حقا له أنه يستوفى حكما بطلبه.

١ - فى نسخة (ب) : «فكذلك»

٢ - فى نسخة (ب) : «لاعين المضمون»

فإن قيل : القاضى يستحضره حسبة(١) ليتفرغ لسائر الناس، ولكن حال دعواه ؛ لأن الاشتغال به يحصل حال دعواه كما يستحضر الزانى إذا جاء الشهود حسبة، لا بطلب الشهود، ثم الكفالة بتسليم نفس الزانى لاتصح، وكذلك بعد ما شهد الشهود، فكان نقضا وابتداء حجة، دل عليه : أن الدعوى لا يستحق بها شيء،

قلنا : أما البعض فغير لازم ؛ لأنا عللنا لا لحق العين بالدين فى قبول الكفالة به فى الجملة، لا فى كل حال، فإن من الديون ما لايقبل الكفالة كدين الكتابة والدية وبالديون التى هى لله تعالى من الكفارات، وكذلك من الأعيان المضمونة،

وهذا ؛ لأن الكفالة شرعت وثيقة للعباد حتى تعود عليهم حقوقهم، والله تعالى غنى عن الوثائق و (تسليم النفس فى باب الزنا)(٢) فلا يستوثق لها بالكفيل كما لا تستوثق / الكفارة، [٥٣٣ب]

فأما تسليم النفس لجواز الخصم فحق الخصم بدليل أنه يستوفى ذلك منه بطلبه حكما،

ولا كذلك تسليم نفس الزانى ؛ فإنه لايستحضر بطلب الشهود بل القاضى إذا سمع ذلك (الخبر)(٣) أحضره متى استصوبه، فإن وقت الحسبة لايتعين عليه بطلب العبد الحسبة منه،

١ ـ الحِسْبَة : هى فعل ما يحتسب به عندالله تعالى ولا يرجو أجر الدنيا،
قال فى المصباح المنير (١٣٥/١) : «احْتَسَبَ الْأَجْرَ على الله ادخره عنده لايرجو ثواب الدنيا، والإسم : الحِسْبَة : بالكسر»
(راجع أيضا لسان العرب ٣١٤/١ والمفردات للراغب ص ١١٧)

٢ ـ فى نسخة (ب) : «تسليم النفس فى باب الزنى لله»

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

ولأن المدعى صادق فى الظاهر كما يصدق فى سائر أخباره مالم يقم دليل التكذيب، فيلزمه الجواب بحكم صدقه مالم يرده بخبر مثله، والإنكار إنما لايستحق بالدعوى بنفس الحق الذى ادعاه ؛ لأنه عورض بإنكار مثله، ألا ترى أنه يستحق اليمين بعد الإنكار ليتخلص عنه بترجيح خبره على خبر المدعى بحجته، فالمدعى استحق عليه الحضور والجواب واليمين بالدعوى ولو كان الاستحضار (للجواب)(١) حسبة لما حلفه بدعواه، وقد أتم الحسبة بالسؤال فظهر له الجواب بالإنكار، فالحسبة فى التعرف من حيث التحسين لا من حيث اليمين التى شرعت حجة الخصوم.

فالكفارة مرة تقع بعين مضمون كالمغصوب، ومرة بتسليم عين مضمون كما فى نفس المنكر ورد العوارى على أصولنا، وتسليم عين آجره، فإنه مضمون على المؤاجر، والكفالة بتسليمه صحيح، و(بعينه)(٢) لا يصح ؛ لأنه أمانة، ومرة بالدين المضمون.

فإن قيل : الكفالة كما تستدعى ضمانا ليصح، فكذلك يقتضى قدرة الكفيل على التسليم أيضا. ألا ترى أن المكفول بنفسه أو العارية إذا هلكت بطلت الكفالة، ولا قدرة ههنا على ما ذكرنا أن الأصل منكر ولا يمكنه الاستعانة بالسلطان ؛ لأنه لا يسمع دعواه عليه بكونه متبرعا، والرواية ثابتة فى اصلكم.

قلنا : القدرة ثابتة ؛ لأنا إنما نجوز الكفالة فى مضمون وجب على الأصيل تسليمه، وكان يمكننا تسليمه فى نفسه، وذلك الإمكان لا يرتفع عنه بكفالة غيره بل يبقى على ما كان قبل الكفالة.

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - فى نسخة (ب) : «نفسه»

ثم العجز للكفيل إن ثبت فلا يثبت من حيث المكفول به، ولكن لقصور يده عنه، فلم يعتبر مانعا ؛ لأنه هو الذى أوقع نفسه فى هذا الالتزام، فجاز أن يصح بما فوق وسعه كما إذا نذر عبادات لايمكنه الوفاء بها.

فأما إذا مات المكفول به فقد فات المحل، فلا يبقى الحق بدون محله فتقع البراءة لفوت محل الحكم لا لعجزه عن التسليم لمعنى فيه، والكفالة من حيث أنها التزام محض لا تمليك لم يشترط لصحتها قدرة الملتزم على التسليم لتصح كما فى النذر بل يراعى قيام الحكم الملتزم لاغير، بخلاف البيع ؛ فانه للتمليك ابتداء فاشترط لصحته قيام قدرة البائع العين الجديدة.

ألا ترى أن الكفالة بالدرك(١) تجوز وفيه (ضرب)(٢) خطر، وكذلك عندى

١ ـ الكفالة بالدَّرَك : هى الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه أو بنفس البائع إن استحق المبيع.
(مجلة الأحكام العدلية المادة ـ٦١٦ راجع شرح المجلة ص ٣٣٥)
وذلك إذا خاف المشترى من استحقاق المبيع الذى اشتراه واعطى ثمنه
والدرك فى اللغة : اللِّحَاق
قال فى اللسان العرب (٤١٩/١٠) : «الدرك : اللَّحَق من التَّبِعَة، ومنه ضمان الدرك فى عهدة البيع.
والدرك : اسم من الإدراك مثل اللَّحَق.»
(الصحاح ١٥٨٢/٤ ولسان العرب ٤١٩/١٠ والمصبا المنير ١٩٢/١)

— * —

ويسمى ضمان الدرك بضمان العهدة، وعرفه فى بدائع الصنائع (٩/٦) بأنه : ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فقال : «إن ضمان العهدة فى متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا...وإذا استحق المبيع يخاصم المشترى البائع أولا، فإذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل، وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولا فى ظاهر الرواية، وروى عن أبى يوسف أنه قال : الكفيل يكون خصما.
هذا إذا كان المبيع ما سوى العبد، فإن كان عبدا، فظهر أنه حر بالبينة فللمشترى أن يخاصم أيهما شاء بالإجماع.»

٢ ـ غير موجو فى نسخة (أ)

تجوز مضافا إلى حلول المال أو وجوب الدين على ما تأتيك المسائل وإنك أوردت شيئا علىّ .

فإذا كان من اصلى جوازها مع مثل هذا الخطر بخلاف البيع لم يصح به الاستدلال على فساده على ما لم ينقل الكلام إلى تلك المسائل.

ولا يلزم على هذا الكفالة بالقصاص؛ فإنه لا يجوز وهو مضمون على القاتل لا عين القصاص لا يمكن تسليمه بدون نفس القاتل. وهو لم يكفل بتسليم نفسه، فكان المكفول به بحيث لا يتصور تسليمه، فلذلك لم يجز كما لا تجوز بتسليم منافع عين آخر ؛ لأنه لا يتصور تسليمها بدون العين.

— * —

مسـألة

[الخلاف فى حكم الكفالة بتسليم نفس من عليه القصاص أو حد القذف]

وأما إذا كفل(١) بتسليم نفس من عليه قصاص أو حد قذف، فإنه يصح على أصل أبى يوسف ومحمد ؛ لأن التسليم واجب حقا للعبد وهو مقدور عليه، فصار كالكفالة بتسليم عين آجره، فإنه صحيح، بخلاف تسليم المنافع دون العين.

وعند أبى حنيفة : لايجوز ؛ لأنه من باب ما يسقط بالشبهة، فكان مبناها على الدرء، والكفالة للاستيثاق فلم يكن ما بنى على الدرء محلا له (كما لم يكن محلا له)(٢) ما كان لله تعالى ؛ لأن الله تعالى لا يفوته حق.

فإن قيل : أليس يحبس المدعى عليه القذف أو حد لله تعالى إذا قام شاهد واحد؟

قلنا :إنما يحبس لا وثيقة بما يسقط بالشبهة أو مالله، ولكن (لأن المشهود به)(٣)معصية فصار متهما بشهادةالواحد، والمتهم يحبس بعمومه للتهمة حتى يزول عنه

— * —

١ - أى بطلب من القاضى قال فى الهداية (٢٩٥/٦) : «ولا يجوز الكفالة فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة - رحمه الله - معناه لايجبر عليها عنده.

وقالا : يجبر فى حد القذف ؛ لأن فيه حق العبد وفى القصاص ؛ لأنه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما فى التعزير بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى...»

وقال فى بدائع الصنائع (٨/٦) تقريرا نقطة الخلاف : «تجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص فى النفس وما دونها وبحد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلا بلا خلاف بين أصحابنا - وهو الصحيح ؛ لأنه كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وإنما الخلاف أنه إذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب، هل يجبره القاضى عليه ؟

قال أبو حنيفة : لا يجبره.

وقال أبو يوسف ومحمد : يجبره...»

(راجع للمزيد من المعرفة بدائع الصنائع ٨/٦-٩ وفتح القدير لابن الهمام ٢٩٥/٦ والعناية ٢٩٥/٦ والبحر الرائق ٢١٥/٦)

٢ - غير موجود فى نسخة (ب)

٣ - فى نسخة (أ) : «لا المشهود به»

مسـألة

[الخلاف فى الكفالة بدين على ميت مفلس]

قال أبو حنيفة : لاتصح الكفالة بدين على ميت مفلس،

وقال أبو يوسف ومحمد(١) والشافعى(٢) : تصح لما روى أن رسول الله أتى بجنازة فقال : «هل على صاحبكم دين ؟»

فقالوا : «نعم، درهمان،»

فامتنع عن الصلاة عليه فقال : «صلوا أنتم»

فقال علىّ وأبو قتادة(٣) : «هما على يا رسول الله» فصلى عليه،(٤)

١ - يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٦/٦ والعناية ٣١٧/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٣١٧/٦ والبحر الرائق ٢٣٢/٦

٢ - المهذب ٣٤٦/١ مغنى المحتاج ٢٠٠/٢ وروضة الطالبين ٢٤٠/٤

٣ - أبو قتادة وهو الحارث بن ربعى الخزرجى الأنصارى فارس رسول الله ﷺ، وهو كان ممن يعرف بكنيته،

وقيل : اسمه النعمان، وهناك روايات أخرى

شهد أحدا وما بعدها، وقيل : شهد بدرا أيضا

وشهد مع على رضى الله عنهما - مشاهده كلها فى خلافته،

واختلف فى وقت وفاته ومكانه :

فقيل : مات بالمدينة سنة أربع وخمسين،

وقيل : بل مات فى خلافة على بالكوفة سنة ثمان وثلاثين

وقيل : سنة أربعين بها، وصلى عليه على رضى الله عنه

(الاستيعاب ١٦١/٤-١٦٢ والإصابة ١٥٨/٤ وتقريب التهذيب ص٦٦٦)

٤ - الحديث :

الذى ورد فيه ذكر على رضى الله عنه، فقد أخرجه الدار قطنى فى سننه فى كتاب البيوع (٤٧/٣) عن عاصم بن ضمرة عن على رضى الله عنه قال : كان رسول الله ﷺ إذا أتى بالجنازة لم يسأل عن شىء من عمل الرجل، ويسأل عن دينه، فإن قيل : عليه دين، كف عن الصلاة عليه، وإن قيل : ليس عليه دين، صلى عليه، =

ولو لم تصح الكفالة لما صلى ؛ لأن المانع كان هو الدين، ومتى لم تصح الكفالة لم يتعين حكمه فيبقى مانعا.

= فأتى بجنازة، فلما قام ليكبر سأل رسول الله ﷺ أصحابه : «هل على صاحبكم دين ؟»، قالوا : ديناران.

فعدل رسول الله ﷺ عنه، وقال : «صلوا على صاحبكم»

فقال على - رضى الله عنه - : هما على يارسول الله! برىء منهما.

فتقدم رسول الله ﷺ فصلى عليه.

ثم قال لعلى بن أبى طالب : «جزاك الله خيرا، فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك، إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا وهو مرتهن بدينه. ومن فك رهان ميت فك الله رهانه يوم القيامة.»

فقال بعضهم : هذا لعلى - عليه السلام - خاصة أم للمسلمين عامة ؟

فقال : «بل للمسلمين عامة»

وأما رواية التى ورد فيه ذكر أبى قتادة فقد أخرجه البخارى فى كتاب الحوالات / باب إذا أحال دين الميت على رجل جاز (١٠٦/١٠) عن سلمة بن الأكوع - رضى الله عنه - قال :

«كنا جلوسا عند النبي ﷺ إذ أتى بجنازة فقالوا : صل عليها، فقال : «هل عليه دين ؟» قالوا : لا، قال : «فهل ترك شيئا ؟» قالوا : لا، فصلى عليه.

ثم أتى بجنازة أخرى فقالوا : يارسول الله صل عليها قال : «هل عليه دين ؟» قيل : نعم، قال : «فهل ترك شيئا ؟» قالوا ثلاثة دنانير. فصلى عليها.

ثم أتى بالثالثة فقالوا: صل عليها، قال : «هل ترك شيئا؟» قالوا: لا قال: «فهل عليه دين؟» قالوا : ثلاثة دنانير، قال : «صلوا على صاحبكم»

قال أبو قتادة : صل عليه يا رسول الله وعلى دينه، فصلى عليه.

وأخرجه الترمذى - فى كتاب الجنائز / باب ما جاء فى الصلاة على المديون (٣٨١/٣) عن أبى قتادة - رضى الله عنه - يحدث عنه ابنه عبدالله : أن النبى ﷺ أتى برجل ليصلى عليه ، فقال النبى ﷺ : «صلوا على صاحبكم، فإن عليه دينا»

قال أبو قتادة : هو على فقال رسول الله ﷺ : «بالوفاء؟»

قال : بالوفاء. فصلى عليه.

وقال : «حديث أبى قتادة حديث حسن صحيح.»

ثم الحكم بالصحة على ما ظهر دليل على أن الصحة لا تتعلق بالموت عن وفاء ؛ لأن هذا الشرط لم يكن ظاهرا.

ولأنه لو كان ظاهرا لكان عليه السلام يقضي الدين ويصلي ولا يمتنع.

والمعنى : أنه دين يصح الكفالة به حال حياته فكذا بعد مماته دليله : إذا مات عن الوفاء.

وهذا ؛ لأن صحة الكفالة تبتنى على كون المكفول مضمونا مقدورا على تسلميه، وما تغير الوصفان بالموت.

أما أصل الضمان، فلأن الموت لم يشرع مبرءا عن الحقوق. ألا ترى أنه يطالب به في الآخرة ولو كان الموت عن وفاء لم تثبت البراءة.

وكذلك لو كان به كفيل.

وكذلك لو مات عن إفلاس وأدى عنه متبرع صح. ولو برء لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع والكفيل.

وأما القدرة على التسليم، (فلأن)(١) التسليم حال الحياة يجب على الكفيل من ماله. وهذه القدرة باقية، وإنما فارق حال الموت حال الحياة وحال الممات عن وفاء من حيث المطالبة، فإن المطالبة كانت قائمة حال الحياة / ووجود المال، والآن [٥٣٤أ] ليست بقائمة. وهذا غير مانع من الصحة ؛ لأن المطالبة بقيت حقا للمدعى، والدين موصوف بأنه مطلوب، ولكنها تأخرت للعسر والإفلاس. والتأخر للمانع لا يمنع صحة الكفالة كما لو تأخر حال الحياة بأجل.

أو أقر العبد المحجور عليه بدين كان صحيحا والمطالبة متأخرة لعدم تصديق المولى وحق ملكه.

١ ـ في نسخة (ب) : «فكان»

ألا ترى أن الميت لو ظهر له مال تثبت المطالبة،

وكذلك لو تبرع عن الميت أخذ بالأداء يثبت حق الاستيفاء وهو فوق المطالبة وهو المقصود منها، فلما كان حق الاستيفاء باقيا مع الإفلاس علم أن المطالبة مملوكة ولكن لا يستوفيها للعجز كدرة لإنسان أسقطها آخر فى البحر كانت مملوكة لصاحبها ولا يأخذها للعجز، ولا يطالب صاحبه بعينها أيضا ايذاء للناس،

دل عليه : أنهم قالوا فيمن اشترى شيئا بفلوس فى الذمة فكسدت الفلوس قبل القبض بطل العقد لهلاك الثمن فى نفسه، ولو مات المشترى مفلسا لم يبطل العقد، ولو هلك الثمن بهلاكه مفلسا وسقط أصلا بطل العقد

وهذا ؛ لأن الذمة محل الدين كالكيس محل الدراهم للعين، ثم الدراهم لا تهلك بخراب الكيس، وكذلك الدين لايهلك بخراب الذمة، على أن ذمة الميت وإن ذهب حقيقة فهى باقية حكما، ألا ترى أن نفسه تحترم فتغسل ويصلى عليه ويجهز ويدعا له،

وإذا كان كذلك بقى الدين حكما كذلك، ولو لم يبق لما بقى إذا مات عن وفاء ؛ لأن المال لا يخلف الذمة فى خوف الدين عليها، وإنما هى تصلح للأستيفاء تبعا، والوجوب يختص بالذمم، فلما بقى الدين تبعا للمال حتى صح الاستيفاء منه وصحت الكفالة وهى للوجوب، علم أن الوجوب الأصلى باق متعلق بالذمة،

ولأبى حنيفة : أن الكفالة لالتزام المطالبة بالمضمون الذى على الأصيل على ما قررناه، ودين الذى مات مفلسا فى حكم الساقط فى جانب المديون فى أحكام الدنيا بدليل : أنه لا يظهر فى حقه شىء من أحكام الوجوب فى الدنيا، فلما صار فى حكم الساقط لم تصح الكفالة كالساقط حقيقة ؛ لأن العبرة للحكم لا للحقيقة،

ألا ترى أن المرتد لما صار فى حكم الميت بعد اللحاق بدار الحرب تثبت عليه أحكام الموت الحقيقى،

وكذلك الوجوب لا يتعلق إلا بالذمة على ما قالا، والذمة ثابتة للآدمى بكونه مخاطبا، وبالموت يخرج من جملة المخاطبين فى حال مماته لعدم صلاحه، وإنما يبقى له حكم الذمة والخطاب بناء على حياة الآخرة ؛ لأنه معد لها ليظهر حكم الوجوب له وعليه فى أحكام الآخرة دون الدنيا، والكفالة من أحكام الدنيا،

ألا ترى أن رجلا لو أحرق الميت لم يضمن شيئا كما لو أحرق جيفة أخرى، ولكنه يأثم كما لو أتلف مخاطبا أو ملكا لمخاطب ؛ لأن الضمان من أحكام الدنيا والإثم من أحكام الآخرة، وهو(١) للحياة فى حق الآخرة فيعطى حكمها(٢) ، وليس للحياة فى حق الدنيا على ما ظهر لنا من حكم الله، فلم يعط حكم الحياة لعدمها للحال وعدم سببها فى حق الدنيا بخلاف الآخرة، فإنه للحياة فى حقها فأعطى حكمها كما أعطى النطفة فى الرحم حكم الحى فاستحق الإرث والوصية لأنها للحياة فى الوضع،

فتبين بهذا أنا سوينا بين حال الحياة والممات متى لم يكن فى حكم الساقط صحت الكفالة به،

وهذا كما قالوا فى المرأة المديونة إذا ارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت فكفل عنها بذلك الدين إنسان لم يصح ؛ لأنه فى حكم الساقط فى الدنيا وإن كانت تطالب به فى الآخرة ؛ لأنها ألزمت فى الإسلام فلا يبرأ عنه فى حق العبد بالردة

١ - أى الميت

٢ - وأى يعطى حكم الآخرة،

وبالرق، ومع ذلك لم تصح الكفالة لثبوت حكم السقوط فى أحكام الدنيا فإنها لا تطالب به أبدا لا للحال ولا بعد العتق

وكذلك الكفالة بدين الكتابة لا تصح وإن قامت المطالبة ؛ لأنها فى الحقيقة من حيث أصل الدين غير ثابت ؛ لأنه(١) (عبده)(٢) ٠

هكذا علل محمد٠

فهذا الذى صار فى حكم الساقط أصلا ومطالبة أولى .

وهذا بخلاف ما إذا مات عن وفاء ؛ لأن حكم الوجوب باق، فإنه يستوفى من المال ويطالب الغريم الوصى به ؛ لأن حق الغريم يتعلق بالمال فى مرضه كحق الورثة ، بل قبلهم٠ ولما تعلق بالمال حال القيام فى الذمة٠ والتعليق بالمال لا يكون إلا فى جانب حقه فى الاستيفاء لما ذكرتم بقى بعد (الموت)(٣) كما يبقى فى الرهن ؛ لأن حكم السقوط عن الذمة ليس من حيث براءته عن الحق (أصلا)(٤) ، ولكن من حيث تعذر إيجاده بفقدان المحل فيتقدر بقدره، فيبقى متىوجدنا له محلا بوجه والمال محل لجانب الاستيفاء فبقى فى حقه ؛ ولما بقى ظهر حكمه بقاء الدين فصحت الكفالة٠

وكذلك لو كان بالدين كفيل٠ فإن الكفيل أنزل منزلة الأصيل فى الضمان إذا دعت الضرورة إليه على ما مر، وإذا مات الأصيل دعتنا الضرورة إلى شغل ذمته بأصل الدين ليمكن إبقاء حق الكفالة٠

١ ـ أى لأن المكاتب

٢ ـ فى نسخة (ب) : «عنده»

٣ ـ فى نسخة (ب) : «الموجوت»

٤ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

ألا ترى أن المرأة المديونة إذا ارتدت ولحقت بدار الحرب فسبيت ثم كفل عنها كفيل بما عليها لم يصح إذا لم يخلف مالا، وإذا أخلفت مالا صحت الكفالة، وكذلك لو كان عنها كفيل استوفى منه وصحت كفالة أخرى

وأما قوله : «الموت لم يشرع مبرئا للحقوق» فنعم، ولكن الحقوق لا يتصور بقاؤها بلا محل، فحكم السقوط يثبت بفوت المحل لا بالموت نفسه، وأما المتبرع إذا أدى فإنها يصح ؛ لأن الأداء يلاقي جانب صاحب الحق دون المديون، (حتى لو كان حال حياته لم يصر المديون/ مؤديا، بل يبرأ كما لو أبرأه عنه الغريم والدين باق [٥٣٤ب] في حق صاحخب الحق ؛ لأنه لم يخرج من أن يكون مستحقا بموت الآخر، وحكم السقوط عن المديون(١)) لضرورة فقدان المحل فيتقدر بقدر الضرورة وظهر في حق من عليه دون من له، وكان قياسه من جانب المستحق أن لو مات ثم كفل بذلك الدين إنسان لم يجز ؛ لأنه ليس بأهل له فصار في حكم الساقط في حقه ألا أن يكفل لوارثه الذى قام مقامه،

فإن قيل : لما صلح مال الغير محلا للاستيفاء منه صار بمنزلة ماله في الجملة، ومال الغير موجود،

قلنا : إنما يصير مال غيره بمنزلة ماله إذا جعله صاحبه محلا (للاستيفاء منه)(٢) ، لا بنفسه، فقبل الجعل لا يكون كما له فلا يظهر حكم البقاء بمال الغير، يوضحه : أن الكفالة لما كانت لالتزام المطالبة بالمضمون والمطالبة ساقطة رأسا فيما نحن فيه في حق الدنيا لم تصح الكفالة لفوات ما يلتزم بالعقد، وإنما يقال

١ ـ ما بين القوسين تكرر في نسخة (أ) و (ب)

٢ ـ غير موجود في نسخة (أ)

متأخرة إذا كانت متوقتة بوقت يرجى وجوده فى الدنيا، وما لهذا وقت يرجى محياه، فكان إبطالا لا تأخيرا.

فإن قيل : يجوز أن يظهر له مال.

قلنا : الأحكام تبتنى على الظاهر الذى يوقف عليه لا هلى ما (يبطن)(١) مما لا يوقف عليه، والمسألة فى ميت حكم بموته عن (إفلاس)(٢) ، وإنما تفسد الكفالة بناء على هذه الحالة، فإنها إذا تغيرت تغير الحكم أيضا.

وأما قوله : «إن المشترى إذا مات مفلسا لم يبطل العقد» فلمعنى أن الحق لا يبطل فى حق المستحق على ما قلنا وإذا كسدت الفلوس بطل الملك فى حق المشترى فلذلك ينقض العقد.

وأما استدلالهما بالحديث، فليس فى الحديث أنه ليس هناك مال.(٣) ويحتمل أنه كان وعرفه النبى ﷺ ، وليس فيه أن هذه كفالة صحيحة مبتدأة، بل احتمل الإقرار بالكفالة واحتمل العدة. وهى أقرب الوجوه ؛ لأن الكفالة لا تصح للغائب عند الأكثرين ولا تصح للمجهول بلا خلاف(٤) وكان النبى عليه السلام لا يصلى مالم يبين له وجه القضاء وبالعدة يبين له الوجه بناء على ظاهر الحال فى الوفاء لرسول الله ﷺ كما كان يتبين بالمال ؛ لأن الظاهر هو إمكان القضاء قبل

١ - فى نسخة (ب) : «ينطلق»

٢ - فى نسخة (ب) : «الإفلاس»

٣ - وذلك موجود فى حديث سلمة بن الأكوع عند البخارى حيث قال سلمة : «ثم أتى بالثالثة فقالوا : صل عليها، قال : «هل ترك شيئا ؟» قالوا : لا

قال : «فهل عليه دين ؟» قالوا : ثلاثة دنانير...» راجع ص : ٢١٣

٤ - راجع أيضا بدائع الصنائع ٦/٦ والمبسوط ١٧٠/١٩

الهلاك. ألا ترى أن النبى عليه السلام سأله بعد ذلك : «أقضيت الدينارين»، فقال : لا. ثم سأله بعد ذلك فقال : نعم، فقال : «الآن بردت جلدته»(١)

وفى رواية : «فككت رهانه فك الله رهانك»(٢)

ولو كان النبى عليه السلام يمتنع من الصلاة لنفس الدين حتى يقضى لكان لا يصلى بتلك الكفالة، فإنه أخبر أن الميت إنما برىء حين القضاء عنه لا حين الكفالة، وإنما صحت على سبيل المواعدة بما تغير من الحكم بتبين وجه القضاء وأداء المتبرع يجوز ؛ لأنه يبرعه فى حق الآخرة، وإن الدين باق فى حق المؤدى إليه. والثبوت فى جانبه كان لصحة الأداء ؛ لأنه أمر بينهما، فأما الكفالة فبين الكفيل وبين الأصيل ؛ لأنه يلتزم ما عليه.

— * —

١ ـ جاء ذلك فى رواية البيهقى - فى كتاب الضمان / باب ما يستدل به على أن الضمان لا ينقل الحق... (٧٤/٦) وفى باب الضمان عن الميت (٧٥/٦) عن أبى قتادة رضى الله عنه

٢ ـ وذلك فى رواية الدار قطنى - فى البيوع (٤٧/٣) عن على رضى الله عنه راجع إلى تخريج الحديث فى ص : ٢١٢ ـ ٢١٣

مسـألة

[الخلاف فى حكم الكفالة إلى أجل فيه نوع من الجهالة]

قال علماؤنا : الكفيل اذا كفل إلى قدوم الحاج أو إلى الحصاد صحت الكفالة والشرط جميعا.

وإذا كفل إلى أن تمطر السماء صحت الكفالة وبطل الشرط.

وكذلك إلى قدوم فلان رجل غير مطلوب، وإذا كان مطلوبا به صح الشرط(١) .

وقال الشافعى : الكفالة باطلة(٢) . وكذلك الحوالة، قال ؛ لأن الأجل الى الحصاد مجهول فلا يصح كقوله : «إلى أن تمطر السماء» وإن فرق بين الجهالة بين القدوم المطلوب بالمال وبين قدوم رجل آخر.

١ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ١٩/١٧٢-١٧٣ وتحفة الفقهاء ٣/٢٤٠-٢٤١ وفتح القدير لابن الهمام ٦/٨٦-٨٧

قال فى تحفة الفقهاء (٣/٢٤٠-٢٤١) : « ولاخلاف فى جواز الكفالة إلى أجل معلوم من الشهر والسنة ونحوها.

أما إذا كفل إلى أجل مجهول لا يشبه آجال الناس مثل مجىء المطر وهبوب الريح، فالأجل باطل، والكفالة جائزة ؛ لأن الكفالة وردت منجزة لكن الأجل باطل فلم يصح التأجيل، فتبقى الكفالة حالة...».

٢ ـ والظاهر أن فى الشافعية قولين فى صحة الكفالة إلى أجل مجهول.

قال فى المهذب (١/٣٥٠) : «تجوز الكفالة حالا ومؤجلا كما يجوز ضمان الدين حالا ومؤجلا.

وهل يجوز إلى أجل مجهول ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجوز ؛ لأنه تبرع من غير عوض فجاز فى المجهول كإباحة الطعام.

والثانى : لا يجوز ؛ لأنه إثبات حق فى الذمة لآدمى، فلا يجوز إلى أجل مجهول كالبيع، ويخالف الإباحة فإنه لو أباحه أحد الطعامين جاز ولو تكفل ببدن أحد الرجلين لم يجز»

وقال النووى - رحمه الله - : «أصحهما المنع» أى عدم الجواز

(روضة الطالبين ٤/٢٦١)

ألا ترى أن مثل هذا يعتبر مجهولا فى البيع حتى يفسد البيع بها كلها وإذا استوت جهالة استوت فسادا، وإذا فسد الشرط فسدت الكفالة ؛ لأنها للتمليك كالبيع سواء لما ذكرنا : أن الدين يصير فى حكم دينين. فهذا الثانى الذى يجب على الكفيل يعتبر بثمن يلزمه بالشراء فيبطل بالأجل المجهول كما يبطل الثمن، تدل عليه الحوالة، فإنها توجب دينا فى ذمة لم يكن عليها شىء. فكان ملكا مبتدأ على الحويل.

قال الشافعى : ولهذا قلت : إن الكفالة والحوالة لاتصح مضافة إلى وقت فى المستقبل، كقولك : «ما دان على فلان فهو على» وكقولك : «إذا أهل هلال(١) كذا فعلى المال الذى لك عليه.» وكقولك : «كفلت لك بنفسه فإن لم أوافك به غدا فعلى المال.» لأن البيع لا يصح مع هذه الشروط.

وكذلك الكفالة بمال مجهول لاتصح كما لايصح الشراب به.

١ ـ أهلّ هلال : أى ظهر ورُئِىَ

هلّ الهلال وأَهَلّ وأُهِلّ واسْتُهِلّ ـ علم مالم يسم فاعله : ظهر

وأهلّ الرجل : نظر إلى الهلال.

وأهْلَلْنا هلال شهر كذا واستهللناه : رأينا هلاله

وأهل الشهر واستهلّ : ظهر هلاله وتبين

والهلال : غرة القمر حين يهله الناس فى غرة الشهر.

قال فى لسان العرب (٧٠٣/١١) : «قال أبو العباس : وسمى الهلال هلالا لأن الناس يرفعون أصواتهم بالإخبار عنه.»

يسمى هلالاً لأول ليلة والثانية والثالثة ثم يسمى قمراً.

وقيل : يسمى هلالاً لليلتين من الشهر

وقيل غير ذلك

والجمع : أَهِلَّة.

(راجع الصحاح ١٨٥١/٥-١٨٥٢ ولسان العرب ٧٠٢/١١-٧٠٣)

ولأن ما أبطل الشرط أبطلته الجهالة فى نفسه كالبيع، وعكسه الطلاق والعتاق وما ابطلته الجهالة فى نفسه أبطلته جهالة الأجل كالبيع.

ولا خلاف فى الكفالات إنما تبطل بالشروط المحضة، كقولك : «إن قدم فلان فعلى المال، أو : «إن كلمت زيدا»

وكذلك إذا قال : «إن أهل هلال كذا وإن (دان)(١) لك عليه شىء فعلى.» أو قوله : «إن لم أوافيك به غدا فعلى المال.» أى فرق بين هذه الشروط ثم أى (فرق)(٢) بين التعليق بالشرط وجهالة الملتزم فى نفسه فى أحكام الشرع.

ولا تلزمنا الكفالة بالدرك ؛ لأن الكفالة بالدرك فى المعنى كفالة بضمان البيع(٣) ، وضمان البيع للحال ثابت وهو معلوم بنفسه حيث وجب بالبيع.

وإنما قلنا : إنه كفالة بضمان البيع ؛ لأن البيع يوجب تسليم المبيع سليما أو رد الثمن، فإنه عقد مبادلة فيصيران كشىء واحد من هذا الوجه حكما. إنما تتغير صفته كما أنتم قلتم فى ضمان الغصب : إنه تصح (الكفالة به)(٤) وإذا هلك طولب الكفيل بقيمته لا أن تكون هذه كفالة مبتدأة. بل الواجب بالكفالة الأولى. وكذلك الغاصب نفسه يلزمه أداء العين بالغصب. واذا عجز / يلزمه رد القيمة بالغصب أيضا [٥٣٥أ] لا بالهلاك، فيكون خروجا عن ضمان الغصب فى الحالين جميعا.

فعلى ذلك نقول بالكفالة فى الدرك بأن الكفيل يلزمه الخروج عن ضمان المبيع الواجب على البائع المعلوم للحال. وإنما تظهر الجهالة بعد ذلك وطريان الجهالة لا يمنع بقاء البيع على الصحة ، فكذلك الفكالة.

١ - فى نسخة (ب) : «كان»

٢ - فى نسخة (أ) و (ب) : «فريق»

٣ - راجع لتعريف الكفالة بالدرك ص : ٢٠٦

٤ - غير موجود فى نسخة (ب)

ألا ترى أن المبيع إذا أتلف قبل القبض بقى على القيمة وهى مجهولة جهالة يمنع الابتداء، إلا أن هذا لايصح على قول من يقول : إن الكفالة بالعين باطلة ؛ لأنه عين للحال، ولأن الدرك إذا ألحق وجاء الاستحقاق يتبين به أن ذلك القدر كان على البائع، وإن الكفالة صادفت ضمانا قائما معلوما بنفسه، إنما الضامن جهل قدره، وتلك جهالة عفو ؛ لأنها لا توقع فى المنازعة ولا يعدم التسليم ؛ لأن الخطاب بالتسليم لا يتوجه عليه إلا بعد الاستحقاق، والجهالة ترتفع حينئذ لا محالة،

فأما فى مسألتنا هذه فالمطالبة تتوجه عليه للحال، والجهالة قائمة مؤدية إلى المنازعة وصعوبة التسليم فتكون معتبرة، هذا كما قلت فى السلم فى المنقطع اذا جعل أجله فى حينه : أنه يجوز ؛ لأن العقد المؤجل إنما يوجب التسليم حين محل الأجل، والعجز يرتفع إذا جعل الأجل فى حينه، وإذا جعل المحل فى غير حينه لم يجز وإن كان العقد فى الحين ؛ لأن العجز قائم حال ما يوجب عقد السلم،

فعلمت أن العبرة فيما يفوت التسليم حال الوجوب لا حال العقد والجهالة لم تعتبر إلا أنها تفوت التسليم بقيام المنازعة،

قال : والاحتجاج بقول الله تعالى ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾(١) غير صحيح ؛ لأنه ليس بكفالة، ولكنه (إجارة)(٢) فإن المنادى ضمن أجرا للذى (يجىء به)(٣) بإزاء عمل، وهو رد السرقة عليه وأنا أصحح مثل هذا

١ ـ سورة يوسف ـ٧٢ الآية بكاملها : ﴿قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾

٢ ـ فى نسخة (ب) : «إذا جازه»

٣ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «نحريه» والإثبات من نسخة (ج)

فإن الشافعى قال فيمن أبق (غلامه)(١) فحاطب قوما فقال : «من جاء به منكم فله عشرة» إنه شرط صحيح جعل له على حمله، ومتى أوفاه استحق الجعل(٢) ، وأنتم لا تصحونه، فتكون الآية حجة عليكم فيها ولا تكون حجة على؛ لأنها غير واردة فى ضمان الدين على رجل، ولكن فى الضمان ابتداء بإزاء عمل يعمله.

ولعلماءنا : هذه الآية، ووجه استدلال منها : أنتم ﴿قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير...﴾ فهذا المنادى لم يكن مالكا وإنما كان نائبا ورسولا عن يوسف، فيكون حمل البعير شرطا له على يوسف، وكان الحمل أيضا ليوسف فلم يكن لغيره طعام يباع فكان قوله : ﴿وأنا به زعيم﴾ ضمانا عن يوسف فيكون كفالة مضافة إلى سبب الوجود على يوسف، وهو عين الخلاف.

فلما ثبت جوازه بقى كذلك جائزا حتى تقوم دلالة على النسخ على أصولنا ودلالة أنها كانت جائزة. إن الله تعالى حكى ولم يعقب بالإنكار، ولا روى عنه عليه السلام ما يرده فى شرعه، ولأنه كان يأمر يوسف كل تلك (القصة)(٣) وهو الذى (كان)(٤) احتال به ليتمكن من أخذ أخيه عليه السلام ويوسف كان نبيا ، فيكون هذا شريعة له، وشريعة من قبلنا تلزمنا مالم يظهر نسخها(٥) ، فثبت الجواز لكونه شريعة نبى وبتقرير الله تعالى بترك الإنكار.

١ ـ فى نسخة (ب) : «فملامه»

٢ ـ سبق ذكره وتعريفه فى ٢/٣٦٥

٣ ـ فى نسخة (ب) : «القصعة»

٤ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٥ ـ قال فى المغنى للخبازى (ص٢٦٥) : «والصحيح أنه ما قص الله تعالى أو رسوله من غير إنكار يلزمنا على أنه شريعة لرسولنا لقوله تعالى : ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾ ﴿فأولئك هم الظالمون﴾ ﴿فأولئك هم الفاسقون﴾ سورة المائدة ـ ٤٤، ٤٥، ٤٧»
(راجع للمزيد من المعرفة ميزان الأصول ص٤٦٨ وما بعدها، والمغنى للخبازى ص ٢٦٥ وكشف الأسرار على أصول البزودى ٣/٢١٢ وما بعدها)

فأما قولهم : «إن فيه أن الجعالة صحيحة على هذا الوجه، فهى مسألة أخرى ونحن تركناها لقيام دلالة النسخ فى شريعتنا وهى أن جهالة المبيع مفسدة للبيع، والإجارة نوع بيع، وكذلك إذا آجر رجل أحد عبديه أو احدى دوره لم يصح بالإجماع(١) ، وهذا استئجار لأحد الرجال، وانتساخ هذا الحكم لايدل على انتساخ الآخر بلا نسخ قائم فى الآخر،

فإن قيل : قد ظهر الانتساخ فى الآخر وهو أنه لا تصح الكفالة بالإجماع لمجهول، وههنا المكفول له مجهول،

قلنا : فيه أمران : إثبات جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضاف إلى سبب الوجود، فإنتساخ الجواز مع الجهالة لايدل على الانتساخ مع الأخرى،

وهذا كما حاججتم بكفالة أبى قتادة فى قصة الميت الذى عليه درهمان حيث قال : «هما على» فقلتم : فيها دلالة جواز الكفالة عن الميت المفلس وإن كانت كفالة لمجهول، وقلتم فيها : أن الكفالة عن المفلس يجوز» ولا يجوز للمجهول وللغائب، ثم البطلان مع الجهالة والغيبة لايدل على البطلان مع الإفلاس، ومثاله كثير،

والمعنى فى المسألة ما مر أن الكفالة والحوالة ليست بمعاوضة، ولكن لالتزام ما كان له على الأصل أما لأصل الدين أو المطالبة به فيلائمه الأجل المجهول

١ - من شرط جواز الإجارة : أن تكون العين المستأجرة معلومة، والأجرة معلومة والمدة معلومة ؛ لأنه عقد معاوضة كالبيع، إلا أن المعقود عليه فى الإجارة هو المنافع، فلابد من إعلامها بالمدة والعين التى عقدت الإجارة على منافعها،
(للمزيد من المعرفة راجع الهداية ٦/٨ وما بعدها وبدائع الصنائع ١٧٩/٤ وما بعدها ومغنى المحتاج ٣٣٢/٢-٣٤٣،)

كما لو أجل الأصل بنفسه الى الحصاد، فإنه يصح، ولو أجله إلى أن تمطر السماء لم يصح ؛ لأنه إنما يكنى بهذا عن وقته كقولك : «ائتنى صلاة الظهر» أى وقتها، وللحصاد وقت معلوم من السنة من حيث الأوان، وإن كان يتقدم الفعل ويتأخر فيه، كما أن للظهر أوانا معلوما والفعل يتأخر إذا جاء (الأوان ولم يحصد الناس، حل الأجل. وإنما فى الأوان جهالة يسيرة ؛ لأن يومه غير معلوم قطعا من السنة بل بالتخمين يعلم اذا جاء)(١) حين دخوله، لا توجد تلك الجهالة فى حال العدم بل معلوم يقينا إن الشتاء ليس بحينه.

وكذلك أوان قدوم الحاج كمثله. ولما عدم الأوان قطعا كان التأجيل صحيحا ؛ لأنه للتأخير وقد (علم)(٢) يقينا حال العدم، ثم الجهالة التى تقع حين الوجود لم تكن معتبرة ؛ لأن القول قول الذى أجل فى هذا الباب ؛ لأنه هو المنفرد بالالتزام لما كان تأجيلا لحق ثابت له بخلاف أصل البيع، فإنه شرط دخل فيما هو عوض، فلم يصر البائع هو الملتزم وحده / بل المشترى يقوله : «إنى زدتك ثمنا فى مقابلة [٥٢٥ب] الأجل» على ما عليه عرف التجار، فيتنازعه فيقول : «لا تلزمنى تلك الزيادة (شأنك) (٣) كما لا تلزمك زيادة الأجل (شأنى)(٤) فتتحقق الجهالة الموجبة للمنازعة وكان كالاختلاف فى الثمن.

وفيما نحن فيه لما تفرد من عليه الأجل بالالتزام كان القول قوله فى بيانه كمن أقر بشىء مجهول كان صحيحا ولم تكن الجهالة مانعة من الصحة ؛ لأن القول قوله لتفرده بالالتزام.

١ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

٢ ـ فى نسخة (ب) : «هدم»

٣ ـ فى نسخة (ب) : «بعنا بك»

٤ ـ فى نسخة (ب) هنا كلمة غير مقروءة

فعلمت أن (نفس)(١) الجهالة الملتزم لا تمنع صحة الالتزام إذا تفرد الملتزم بالالتزام لزوالها ببيانه وحده، وكذلك الأجل بل أولى ؛ لأنه صفة للدين، فكان دون جهالة أصل الدين فى نفسه.

فأما اذا كفل إلى أن تمطر السماء كان كقوله : «إلى وقت المطر» فلم يكن تأجيلا ؛ لأن كل الأوقات صالحة للمطر، فكان وقتا له، فلم يكن تأخيرا.

هذا إذا سلم الشافعى أن الكفالة صحيحة بأجل موقت ثم أبطله للجهالة كالبيع.

وكذلك الكفالة إلى قدوم فلان كقوله : «إلى وقت قدومه» وهذا وقت له، فلا يكون تأخيرا أو ربما لايقدم فيكون ابطالا.

فأما إذا كفل إلى قدوم المطلوب فلا يصير كناية عن الوقت ولكن عن نفس الحضور ؛ لأن المراد منه الاستعجال لغيبة من عليه الحق فإنها عذر فى تأخير الأداء حتى اذا قدم وماطل(٢) كان كفيلا عنه.

فأما اذا لم يكن القادم مطلوبا فلا معنى لحضوره والمال لا يتصل به فجعل كناية عن الوقت كما فى هبوب الريح.

١ ـ فى نسخة (ب) : «النفس»

٢ ـ مَاطَلَ : أى مدد وطاول

المَطْلُ فى الحق والدين : هو تطويل المدة التى يضربها الغريم

يقال : مَطَلَهُ ومَاطَلَهُ بحقّه

ومنه قوله ﷺ : «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ» وهو عدم قضاء ما استحق أداؤه مع التمكن منه.

(الحديث متفق عليه، وقد أخرجه البخارى - فى الحوالات / باب فى الحوالة وهل يرجع فى الحوالة (١٠/١٠٣، ١٠/١٠٥)

ومسلم - فى كتاب المساقاة/ باب تحريم مطل الغنى...(٣/١١٩٧) عن أبى هريرة رضى الله عنه.

راجع للمعنى اللغوى الصحاح ٥/١٨١٩ ولسان العرب ١١/٦٢٤-٦٢٥

(وإليه أشار محمد ؛ فإنه قال : الأجل إلى مهب الريح وما اشبه ليس من عمل التجار، أى لا يتعارفون مثله تأجيلا، وليسوا يشتغلون به، دل عليه :)(١) أن الحوالة (والكفالة لمعنى الالتزام لما ذكرنا : أن الملتزم كان ثابتا قبلها فأشبه النذر، فألزمها الله علينا من العبادات والعقوبات وفيها معنى التمليك ؛ لأن صاحب الحق يملك قبل الكفيل والحويل)(٢) مالم يكن له قبلها، فمن حيث أنه التزام كان يجب أن يصح مع الأجل المجهول والمعلوم ومعلقا بالشرط كالنذر ؛ فإنه صحيح أن يقول : «لله على التصدق بدرهم غدا» أو «إلى قدوم الحاج،» وإذا جاء (غدا)(٣) والله أوجب كذلك فقال : ﴿فعدة من أيام أخر﴾(٤) وهى مجهولة،

وقال : ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾(٤) تعلق بالشرط من حيث أنه تمليك لا يصح كالبيع

فقيل : إنه يصح مؤجلا بأجل مجهول ومضافا الى وقت الوجوب كالنذور وحقوق الله، ولا يصح معلقة بالشروط المحضة كالأيمان والهبات والبراآت،

١ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

٢ ـ ما بين القوسين تكرر فى نسخة (ب)

٣ ـ فى نسخة (ب) : «الغد»

٤ ـ سورة البقرة - الآية : ١٨٤، ١٨٥، الآيتان بكاملهما وما قبلهما : ﴿ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون، أياما معدودات، فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر، وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين، فمن تطوع خيرا فهو خير له، وأن تصوموا خير لكم، إن كنتم تعلمون، شهر رمضان الذى أنزل فيه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان، فمن شهد منكم الشهر فليصمه، ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر، يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم ولعلكم تشكرون،﴾

فهذه طريقة صالحة للمسائل كلها، فعند (قلة)(١) المفسد يعتبر بالنذور وعند كثرته يعتبر بالأيمان والتمليكات.

وعلى هذا يخرج جهالة المكفول به ؛ لأنه لا يؤدى الى المنازعة، بل القول قول الكفيل ؛ لأنه منفرد بالالتزام وأشبه بالإقرار بخلاف جهالة المكفول عنه ؛ لأن المبطل ثم جهالة المحل فى دخوله تحت الكفالة لا جهالة القدر، فأشبه جهالة المكفول له أو جهالة المقر له ؛ لأن الحكم فى (موضوع)(٢) الكفالة يختلف (بجهالة المكفول عنه كما يختلف)(٣) بجهالة المكفول له لما ذكرنا : أنه فى الأصل إقراض الذمة للمكفول عنه فما لم يكن المستقرض معلوما لم يصح كما لا يصح مالم يكن القرض معلوما.

إلا أنه إذا كفل بغير أمره صح بمعنى التبرع وعدم الإقراض فى حقه. فأما هو فى الأصل فإقراض عنه. هذا كما إذا أدى الدين عن رجل لم يصح حتى يكون المؤدى عنه معلوما ؛ لأنه فى الأصل إقراض له مالم يؤده عنه كما لو كان بأمره ونيابة عنه.

إلا أنه إذا كان متبرعا لم ينفذ عليه، واقتصر على المؤدى على حكم أنه بمنزلة الثابت فى حق صاحب الدين، فلم يصر الاقتضاء منه حتى يكون من عليه الدين معلوما بنفسه بخلاف جهالة المقر به إذا أقر بإحدى الشاتين جاز، ويلزمه الأولى ؛ لأن الحكم لايعدو المقر الى المقربه ؛ لأنه حقه.

١ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

٢ ـ فى نسخة (ب) : «موضع»

٣ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

وهذا كما قلنا نحن : إن جهالة الدين لاتمنع صحة الإبراء،

وكذلك الصلح ؛ لأنها لا تؤدى الى المنازعة وفوت تسليم الحق ؛ لأن ما يسقط بالصلح والإبراء مسلم إلى الذى كان الدعوى عليه،

وأما الكفالة المضافة إلى سبب الوجود وهو قوله : «ما دان لك على» أو : «إذا أهل هلال كذا...» فإن تفسيره عندنا إذا حل الدين ؛ لأنه ميقات للأجل «فهو على» فيكون سبب الوجود،

على هذا التقدير فصحيحية عندنا بخلاف المعلقة بشرط محض، والاستدلال بقصة يوسف موضعه ههنا،(١)

ولأن المضافة إلى وقت الوجوب موجودة للحال ؛ لأن الإضافة أجل والأجل فى الحكم لايعدم السبب، ألا ترى أن الدين المؤجل مملوك وتأخير المطالبة التى هى حكم ملك الدين لايعدم سبب المطالبة وهو ملك الدين،

وكذلك الله تعالى أوجب الزكاة بسبب النصاب مؤجلا إلى حلول حول حتى لم تجب الزكاة قبل الحول ولم يمنع قيام انعقاد السبب حتى إذا عجل حلت،

وكذلك قوله تعالى : ﴿فعدة من أيام أخر﴾ منع وجوب الصوم للأجل الذى دخل عليه ولم يمنع انعقاد السبب حتى إذا عجل جاز،

وإذا كان كذلك صحت الكفالة؛ لأنها غير منعدمة للحال وإن تأجل حكم الكفالة وهو وجوب حكمها ؛ لأن تأخر الحكم عن العلة بمانع لايدل على فساد العلة،

١ - أى قول المنادى : (وأنا به زعيم) ضمان عن يوسف عليه السلام فيكون كفالة مضافة إلى سبب الوجوب على يوسف عليه السلام ولذا كان ينبغى أن يكون موضع الاستدلال بقصته عليه السلام ههنا، ربما قدمه المؤلف - رحمه الله - لأهميته، والله أعلم ثم اشار إلى ذلك، أى إلى موضعها الأصلى،

وكذلك البيع بشرط الخيار منعقد والحكم متأخر إلى حين سقوط الخيار ؛ لأن الشرط لم يدخل أصل البيع.

وكذلك الطلاق إلى شهر (موجود)(١) للحال سببا ولا حكم.

فإن قال : المانع جهالة الأجل، فقد ذكرنا أن هذه الجهالة غير منافية وإن هذه الجهالة بمنزلة جهالة الدرك(٢) ؛ لأنه لا مطالبة قبل الوجوب كما لا مطالبة قبل الدرك وبعد الدرك / فيصير معلوما ثابتا، فكذلك ههنا لافرق بينهما إلا من حيث [٥٣٦أ] أنه فى الدرك يتبين أن الضمان كان ثابتا حين الكفالة والحكم موجود، وههنا (لا)(٣) وإنما يثبت الحكم من بعد، وقد ذكرنا أن هذا التأخير لا يفسد شيئا من العلل والأسباب بخلاف بيع ما سيوجد، فإنه لا يجوز ؛ لأن الفساد لعدم محل السبب ؛ لأنه محل البيع وعدم المحل مانع وجود السبب كعدم النصاب، والمحل فى مسألتنا الذمة لما ذكرنا (أنه)(٤) التزام فى جانب الكفيل فكان كالنذر.

وإن قيل : إن الشراء لايصح بثمن سيجب. وفى جانب الثمن التزام أيضا.

قلنا : نعم، ولكنه مقابل لما يجب للمشترى قبل البائع ؛ لأنه عقد معاوضة ومساواة، ثم مطلق البيع يوجب الملك للحال إلا بمانع وهو شرط الخيار بخلاف القياس، فكذلك فى جانب الثمن ليكون مساويا له.

١ ـ المكتوب فى نسخة (أ) و (ب) : «موجودة»

٢ ـ أى أن استحقاق المبيع مجهول ومع ذلك تجوز الكفالة بالدرك

٣ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

٤ ـ أى أن التكفل.

فأما الكفالة فليس يجب تصحيحها بناء على أمر يتعجل للحال (فلذلك)(١) اعتبر بالنذور فى صحتها متأخرا عنها حكمها.

وعامة مشائخنا قاسوا على ضمان الدرك فإنه مجهول ومضاف إلى سبب الوجوب والاستحقاق، فإن الأحكام مبنية على الظاهر لا على ما عندالله. وفى الظاهر الملك(٢) للبائع ولا ضمان ولكن لا غنية عما قلناه ، فإن الاستحقاق يبين أن الضمان كان قائما عند العقد، وفيما نحن فيه لايبين وفرق بينهما.

ألا ترى أن الهبة إذا استحق نصفها وهى مما تقسم بطلت الهبة ؛ لأنه تبين أن العقد وقع على مشاع.

وكذلك الشفعة تبطل إذا استحق المبيع، وبمثله لو وجب الفسخ بسبب طارىء كالرد بالعيب لم تبطل الشفعة.

وكذلك بطلان بعض الهبة بموت الواهب، والهبة لا تخرج من الثلث لا يوجب بطلان الباقى الذى يخرج (من الثلث)(٣) ؛ لأنه شيوع طارىء.

وإذا كان كذلك احتجنا إلى أن نبين أن الضمان القائم والمعدوم سواء فى حق صحة الكفالة لقيام الذمة، ولا يلزم على شىء من هذا التعليق بالشروط المحضة؛ لأن التعليق يخرج المعلق من أن يكون سببا على ما بينا فى مسألة (تعليق)(٤) الطلاق بالنكاح(٥) والمعلق بالشرط قبل شرطه، فإنه لا يجوز عندنا ؛ لأن المعلق

١ ـ فى نسخة (ب) : «فكذلك»

٢ ـ أى ملك المبيع

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٤ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

٥ ـ راجع لوحة ٢١٤، ٢٣٨، من نسخة سراى أحمد الثالث.

ليس بسبب، ألا ترى أنه إذا علق نفس البيع بشرط لم يصح، ومع شرط الخيار يصح؛ لأنه مرسل، والحكم متعلق بالشرط وهو الملك،

ولهذا قيل : إنه إذا باع بمحاباة(١) لا يخرج من الثلث، وهو صحيح مع شرط الخيار، ثم مرض فتم البيع، لم تعتبر المحاباة من الثلث ؛ لأن السبب انعقد فى الصحة سببا،

وكذلك قلنا نحن : إن الكفالة فى المرض بالمال معتبر من الثلث، ولو قال: «ما دان لك على فلان فهو على» أو علق بسائر الشروط التى تصح معها الكفالة فى الصحة ثم مرض فوجب، لم تعتبر من الثلث ؛ لأنه متأجل وغير متعلق،

ولو قال لعبده : «إن دخلت الدار فأنت حر» فى صحته ثم مرض فدخل، اعتبر من الثلث ؛ لأنه متعلق، وإنما صار سببا بعد الشرط،

وكذلك إذا قال : «كفلت لك بنفس فلان فإن لم أوافك به فعلى المال الذى عليه،» - وهو ألف درهم - ؛ لأن الكفالة تامة للحال صحيحة، فلم يكن الشرط لابتداء الكفالة، ولكن لتأجيلها إلى عجزه عن تسليم النفس، بدلالة الحال حملت عليه، ولم يجعل شرطا لنقل الكفالة الى أخرى على سبيل البدل عنها، لا على سبيل ابتداء الوجوب، وإذا كان كذلك كان حكمه (حكم)(٢) البقاء كالكفيل بالدرك الذى يلتزم عنه ضمان البيع وهو ما تم للحال، ثم ينتقل إلى الثمن عند استحقاق حتى قال علماؤنا فيمن كفل بنفس رجل لرجلين على أنه إن لم يوافهما غدا فعليه المال : فوفى (به)(٣) أحدهما برىء عن حصته، ولو أعتبر شرطا محضا لما برىء

١ - سبق ذكر المحاباة وتعريفها فى ٢٠١/١

٢ - غير موجود فى نسخة (ب)

٣ - غير موجود فى نسخة (ب)

ببعض الشرط ولزمه كل المال كما لو لم يأت ببعضه، كما لو قال : «إن لم آكل هذا الرغيف اليوم فامرأته طالق، أو على الصدقة بدرهم.» فأكل بعضه دون بعض طلقت امرأته، وعليه الدرهم، وإن كان الدرهم يتجزأ صدقة، وإنما الانقسام فى المبادلات يكون.

فثبت أن علماؤنا لم يجوزوا ابتداء الكفالة معلقة بالشروط واعتبروها بالتمليكات فى هذا الباب وجوزوها مضافة واعتبروها بالنذور والالتزامات المحضة من جهة العبد ومن جهة الله لشبهه بالأمرين جميعا.

وخصمنا ألغى اعتبار جانب الالتزام غفلة عنه، ونحن اعتبرناه وقوفا عليه فكان معذورا وكنا مشكورين.

والكفالة بخلاف الرهن، فإن الرهن بالدرك لا يجوز بالإجماع، والكفالة صحيحة لعدم الضمان ظاهرا، ووجوب بناء الحكم للحال على الظاهر لدينا لا على ما هو ثابت عند الله تعالى.

وهذا ؛ لأن الارتهان عند استيفاء، فكان محله الدين لا الذمة، فانعدم بانعدام محله كما ينعدم البيع.

وأما الكفالة بالتزام فى الذمة، والذمة قائمة فلم تبطل لتأخر الحكم بالتأجيل إلى وجوب الدين أو وقت آخر.

— * —

مسـألة

[الخلاف فى حكم تسليم النفس المكفول بها فى مصر آخر]

إذا كفل بنفس رجل فى مصر فسلمه إليه فى مصر آخر برىء عند أبى حنيفة، وقالا : لا يبرأ(١) ؛ لأن الكفالة فى مصر توجب التسليم فى مكان العقد كسائر العقود التى توجب التسليم، فلم يكن التسليم فى مصر آخر هو المستحق عليه بالعقد، فلا يبرأ عن الواجب كما لو سلم فى المفازة أو قرية(٢) ، بخلاف ما إذا كفل بنفسه ليسلمه إليه فى ناحية عينها / فسلم فى ناحية أخرى ؛ لأن المصرمع تباين [٥٣٦ب] أطرافه جعل كمكان واحد فى حق التسليم كما فى الإجارة للحمل إلى مصر كذا، وكما فى بيان مكان تسليم السلم، فإنه إذا بين المصر أجزأه، ولم يجعل كذلك الأمصار والقرى- دل عليه : أن المقصود من الكفالة بالنفس إحضار المكفول به ليخاصمه ويثبت عليه حقا بالحجة، والحجة لا تتيسر فى كل البلاد، فكان تخصيص المصر شرطا مفيدا،

وأما تخصيصه المحلة فلا ؛ لأن الحجة تقام عند القاضى، ومكان القاضى يكون واحدا فى المصر كله،

وأبو حنيفة يقول : إن الأمصار كلها واحد فى حق هذا التسليم خاصا ؛ لأن دار الاسلام واحدة فى إقامة حكم الله والقضاء،

١ - يرجع للمسألة إلى المبسوط ١٦٦/١٩ وبدائع الصنائع ١٢/٦ والهداية ٢٨٩/٦

٢ - راجع الكتاب للقدورى ١٥٣/٢ والمبسوط ١٦٦/١٩ وبدائع الصنائع ١٢/٦

كذلك لا عبرة باختلافهم، ألا ترى أنه فى المصر الواحد لو عزل القاضى الذى كان حين الكفالة صح التسليم (إليه)(١) وإن جاء قاض آخر، ولو أن ذلك القاضى تولى قضاء (بلد)(٢) آخر سلمه فيه لم يصح عندهما،

فثبت أن العبرة للتسليم فى موضع يقام فيه حكم الإسلام، والأمصار كلها سواء فى هذا الحكم ؛ لأنها لا تخلو عن القضاء، والعبرة لجنس القضاء لا لعين معه، كان حين الكفالة،

وكذلك الحجة لا عبرة فيها، فإن الشهود لو كانوا حضورا وقت الكفالة عينا عند التسلم فى ذلك المصر صح، ولايمكنه الإثبات بغير شهود، وكذلك لو حضر الشهود بلدا آخر فسلم فيه لم يصح عندهما والحجة فيها، فثبت أنه بالإجماع لا عبرة لهذه الأحوال ؛ لأنه لايمكن ضبطها وبناء الإمكان عليها ؛ لأنهم يموتون ويغيبون، والقاضى يعزل ويولى، إنما العبرة لموضع فيه قاض ؛ لأن دار الإسلام لا تخلو عنه فى الجملة، وإذا صارت العبرة للتسليم فى مكان فيه قاض أى قاض كان صارت الأمصار مصرا واحدا بخلاف الإجارة، فإن العبرة فيها للمعقود عليه من المنافع ، فإنها تتفاوت بتفاوت الأمكنة، (فكذلك)(٣) لم يجز مع تفاوت الأمصار ؛ لأنه كثير ويحمل تفاوت المحال ؛ لأنه مما لا تنافس فى ذلك عادة، ولا تقع بمثله منازعة،

١ - غير موجود فى نسخة (ب)

٢ - غير موجود فى نسخة (ب)

٣ - فى نسخة (أ) : «فكذلك»

وهذا معنى قول أبى حنيفة : إنه يسلم إليه فى موضع لا يمكنه الامتناع عنه ؛ لأنه موضع قاض يستعين به فيحضره كمصره سواء فى هذا الباب. ألا ترى أنه لو سلمه إليه فى مصره وهو محبوس بحق عليه(١) لم يكن تسليما ؛ لأنه ممتنع عنه فى هذه الحالة(٢) ، وكذلك لو سلم فى مصر آخر لا قاضى فيه ولا سلطان، لم يصح التسليم.

وهذا أيضا بخلاف تسليم المسلم فيه ؛ لأنه تلزمه زيادة مؤنة بالنقل الى حيث هو فلم تستو الأمصار كلها حتى إذا كان شيئا لا حمل له ولا مؤنة استوت الأمصار كلها(٣) .

— * —

١ ـ أى محبوس بحق عليه غير حق الطالب (الهداية ٢٨٩/٦)

٢ ـ قال فى المبسوط (١٦٤/١٩) : «ومن اصحابنا - رحمهم الله - من يقول : هذا إذا كان محبوسا عند غير هذا القاضى. فأما إذا كان محبوسا عند القاضى فالسبيل للكفيل أن يقول للقاضى هو فى يديك فاخرجه من السجن لأسلمه إلى خصمه حتى يثبت عليه حقه ثم يحبسه بحقهما، فالقاضى يجيبه الى ذلك لأنه طلب منه أن ينظر له، وليس فيه ضرر على أحد فيجيبه القاضى الى ذلك.»

مسـألة

[الخلاف فى حكم الكفالة لغائب]

الكفالة لغائب لا تتوقف على إجازته حتى يقبل عنه حاضر عند أبى حنيفة ومحمد.(١)

وقال أبو يوسف أخيرا : (تصح)(٢)

فمن مشائخنا من يقول : تصح نافذا.(٣)

ومنهم من يقول : تصح متوقفا على إجازته(٤) كالنكاح المعقود بالواحد

١ - أن يكون الإيجاب والقبول فى مجلس العقد شرط لانعقاد عقد الكفالة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله -. وبه قال أبو يوسف - رحمه الله أولا.

قال فى بدائع الصنائع (٦/٦) أثناء ذكر شرائط الكفالة الراجعة إلى المكفول له : «منها : أن يكون فى مجلس العقد وإنه شرط الانعقاد عند أبى حنيفة - ومحمد إذا لم يقبل عنه حاضر فى المجلس حتى أن من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز، لايجوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر.

وعند أبى يوسف روايتان :

وظاهر إطلاق محمد فى الأصل : أنها جائزة على قوله الآخر، يدل على أن المجلس عنده ليس بشرط أصلا، لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد ؛ لأن محمدا ربما يطلق الجواز على النافذ، فأما الموقوف فنسميه باطلا إلا أن يجيز.»

٢ - فى نسخة (ب) : «لايصح» وهو خطأ ظاهر.

يرجع للمسألة إلى المبسوط ١٧٠/١٩، وبدائع الصنائع ٦/٦-٧وفتح القدير لابن الهمام ٣١٤/٦-٣١٥، والعناية ٣١٤/٦-٣١٥ والبحر الرائق ٢٣١/٦

٣ - أى تصح نافذا عند أبى يوسف ولم تتوقف على الإجازة.

٤ - عزى صاحب الهداية هذا الخلاف إلى بعض نسخ الأصل - أى المبسوط ، فقال : «ولم يشترط فى بعض النسخ الإجازة»

قال فى فتح القدير (٣١٤/٦) بعد ذكر قول الهداية : «بل أنه نافذ إن كان المكفول له غائبا، وهو الأظهر عنه»

وقال فى الكفاية (٣١٥/٦) : «وذكر العلامة النسفى فى الكافى : اختلفوا على قوله فقيل : عنده تصح بوصف التوقف حتى لو رضى به الطالب ينفذ وإلا يبطل.

وقيل : جائز عنده بوصف النفاذ ورضى الطالب ليس بشرط عنده، وهو الأصح...»

الفضولى.(١)

فظاهر الرواية تدل على القول الأول ؛ لأنه ذكر فى الأصل أنها جائزة على قوله الآخر.

والجواز إنما يطلقه محمد على النافذ، فأما الوقوف فسماه محمد باطلا إلا أن يجيزه(٢)

ووجه ذلك(٣) ما ذكرنا : أن (الكفالة)(٤) التزام فى أقوى وجوهها كالإقرار والنذر، فيتم بالواحد، إنما يحتاج إلى الاثنين ما فيه تمليك صحيح ؛ لأنه لايتم إلا بالذى يتملكه.

ألا ترى أن الإبراء يتم بالواحد ؛ لأنه إسقاط فى أظهر وجهيه فيتم بالمسقط وحده كالطلاق وأن تضمن تمليكا بوجه حتى ارتد برد المديون بخلاف الطلاق.

فكذلك الكفالة تتم بالواحد وترتد برد المكفول، دل عليه أن الكفالة متى صحت بطلت (بإبراء)(٥) صاحب الدين وانفسخت، ولو كان وقوعها لا يتم إلا باثنين ما انفسخ إلا بهما جميعا ؛ لأن الفسخ معتبر بالعقد.

وكذلك المريض لو قال فى مرضه وصية لوارثه : اضمن (عنى)(٦) دين فلان الغائب له، فضمنه، صح استحسانا، ولا فرق بين حال المرض والصحة.

١ - راجع أيضا المبسوط ١٩/١٧٠-١٧١ وفتح القدير لابن الهمام ٦/٣١٤-٣١٥ والعناية ٦/٣١٤-٣١٥ والكفاية ٦/٣١٥

٢ - راجع أيضا بدائع الصنائع (٦/٦)

٣ - أى وجه رواية النفاذ عن أبى يوسف

٤ - فى نسخة (ب) : «الكفا»

٥ - فى نسخة (أ) و (ب) : «وإبراء»

٦ - فى نسخة (أ) و (ب) : «غير» وما أثبتناه من نسخة (ج)

واحتج أبو يوسف أيضا بحديث أبى قتادة فى الميت الذى كان عليه (درهمان)(١) ، أنه قال للنبى عليه السلام : « هما على يارسول الله» فأجازه النبى عليه السلام على ما روينا من قبل(٢) ، و (كانت)(٣) هذه كفالة لغائب.

وأبو حنيفة ومحمد يقولان : إن كلام الكفيل ينتظر العقد(٤) فلا يتوقف على ما وراء المجلس قياسا على شطر البيع، وتحقيقه ما بينا فى كتاب النكاح : إذا تزوج رجلا امرأة هل يتوقف على إجازتها أم لا ؟ وإنما يحتاج ههنا إلى بيان أنه منتظر العقد لا غير.

فأبو يوسف زعم أنه عقد تام ؛ لأنه التزام فرد.

والدليل عليه :(٥) أنه عقد تمليك كالاقراض والهبة والبيع. والتمليك لايصح إلا بين اثنين : مملك ومتملك. وكما لايصح إيجاب الملك على أحد إلا بولاية فكذا لايصح ايجاب الملك لإنسان إلا بولاية. فإذا لم يكن له ولاية على جانب المتملك بقى كلامه صحيحا فى جانبه لا غير كما فى النكاح ولم يقم الواحدة مقام شخصين إلا بالولايتين جميعا على ما قررنا.

١ - فى نسخة (ب) : «درهما»

٢ - راجع للحديث وتخريجه ٢/١١١

٣ - غير موجود فى نسخة (أ)

٤ - أى أن العقد يتم بالإيجاب والقبول ولا يتم بالإيجاب وحده بدون القبول ولا يمكن جعل إيجاب الكفيل قائما مقام قبول الآخر لعدم ولاية الكفيل عليه فيبقى إيجابه شطر العقد. وهذا الشطر يبطل بالقيام عن المجلس ولا يتوقف على ما وراء المجلس كما بينه المؤلف رحمه الله

(راجع أيضا المبسوط ١٩/١٧٠)

٥ - أى الدليل على ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبو يوسف أولا كما ذكرنا.

والدليل على أن فى الكفالة (تمليكا)(١) ما مر أنه يملكه مطالبة بالمضمون لم يكن من قبل جديدة مضمونة إلى الأولى، وإنما سمينا الكفالة التزاما فى حق المضمون أنه لايتغير ولا يزداد فى نفسه، وإذا كان كذلك اعتبر فى حق المضمون بالالتزامات فصح مضافا إلى حين الوجوب للمكفول له بالتمليكات ؛ لأنه يملك مطالبة لم تكن له،

ولا يلزم الإقرار(٢) ؛ لأنه إخبار، ومتى كان كاذبا على الحقيقة لم يجب به ملك جديد ولا شىء (فلم يكن فى وصفه لتمليك شىء)(٣)

وبخلاف الإبراء ؛ لأنه يتم إسقاطا، ألا ترى أنه يصالح عليه مع الأجنبى فيبرأ بلا أداء ولا يرتد برده، ولا ولاية للأجنبى عليه تملكيا منه

/ فثبت أنه إبراء، وإنما معنى الملك فيه خفى به إذا قصده بالإبراء وجهة [٥٣٧أ]
السقوط كان أغلب، وعليه يتم، فكذلك صح بالواحد،

فأما ههنا جهة التمليك فى جانب المكفول له وفيما يجب له أغلب على ما بينا،

وبخلاف الوكالات ؛ فإنها تتم إسقاطا للحجر وإطلاقا للتصرف على الموكلين لا تمليكا، ألا ترى أن الوكيل لو تصرف قبل الأمر لم يلغ بل توقف على إجازته، فإذا أجاز نفذ عليه كما لو كان وكيلا ابتداء ؛ لأن الحجر والمانع زال بالإذن، فعملت العلة عملها، ولو كانت العلة (المجوزة)(٤) تثبت بالإذن لما صح ما وجد قبل الإذن كما لو باع شيئا لا يملكه، ثم اشتراه لم يصح ذلك البيع ؛ لأن علة النفاذ عليه ملكه ولم يكن حين البيع،

١ ـ المكتوب : «تمليك»

٢ ـ الذى قاس عليه أبو يوسف ـ رحمه الله ـ الكفالة لغائب

٣ ـ ما بين القوسين تكرر فى نسخة (ب)

٤ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

وكذلك عقد الوديعة يصح بالواحد ويتوقف على قبول الآخر ؛ لأنه لا يملكه شيئا بالإيداع بل يستعين به على حفظه ويطلق له إثبات اليد على الوديعة فمن هذا الوجه فهى وكالة من حيث يطلب منه الحفظ، فهى والوكالة بالبيع سواء، فإن الأمر طلب منه فعلا، وما فيه تمليك ولا إلزام، فإن المأمور إذا بلغه (الخبر)(١) تخير : إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل، وكان (كرجل)(٢) استعان برجل فى عمل فلا يكون فيه تمليك شيء ولا إيجاب فلم يتعلق بالشيء، وكان كمن سأل رجلا أن يقرضه شيئا أو يهب له، فإن الطلب والسؤال كله يصح بالواحد،

فكذلك قوله : «احفظ مالى» أو : «خط ثوبى بغير شيء» ونحوه فهى من جملة الأوامر أو السؤال أو الإطلاق، وكل ذلك مما ينفرد به العاقل ويكون تاما منه، إنما لا يتم بالواحد التمليك الذى لا يتم إلا (بالمالك)(٣) أو الإلزام (الذى لا يتم)(٤) إلا بالملتزم، فلا يتم له إذا لم تكن له ولاية ولاية على الجانب الآخر،

(وكذلك لو قال لآخر)(٥) : «اضمن عنى» وهو غائب، صح منه إذا بلغه الخبر فضمن رجع به على الآمر،

وكذلك الأمر بالوديعة، فإن أكثر ما فيه أن الحفظ يصير مضمونا على المأمور فكأنه قال له : «اضمن لى حفظه» فيصح، لأنه أمر إطلاق أو سؤال وما فيه إلزام ولا تمليك، وإنما اللزوم فى إجابته بالحفظ له والقبول،

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - فى نسخة (ب) : «لرجل»

٣ - فى نسخة (ب) : «الملك»

٤ - غير موجود فى نسخة (ب)

٥ - ما بين القوسين تكرر فى نسخة (ب)

ولا تلزم الوصية لرجل بثلث ماله، فإن الملك يقع له بغير قبوله ويصح بالواحد وهى تمليك ؛ لأن فى الوصية معنى الإرث، فإنما تصح على معنى إثبات سبب الخلافة للموصى له كما لو أعتق عبدا فيرثه بالولاء على ما بينا فى كتاب الوصايا (١) ، وليس فى إثبات سبب الخلافة له تمليك ولا إيجاب عليه كما فى النسب و (الولاء)(٢) ، ثم الملك يقع حكما كما للوارث لا بقصده، فصح منه، وأشبه التمليك من جهة يوجب على ما عليه ظاهره فارتد برد الموصى له، بخلاف الميراث، وإنما قدمنا(٣) شبه الخلافة ؛ لأن ابتداء الوصية يصح ولا مال، وفى الإنتهاء لا ينفد إلا فى مال كالتمليكات،

وأما الطلاق بمال فيصح من الزوج وحده متوقفا من حيث أنه (يمين لا من حيث أنه)(٤) تمليك على ما بينا فى مسألة النكاح والطلاق(٥) وغير موضع،

فأما مسألة المريض فمن مشائخنا من يقول : «إنه جائز على سبيل الايصاء بالقضاء عنه بعد موته لا على سبيل الكفالة حتى لو مات ولم يدع سببا لم يلزم الوارث شيء إلا أنه سماه استحسانا حيث جوزها بلفظ الكفالة وإنما جعلها وصية ؛ (لأنه)(٦) أمر ذلك فى خلال الوصايا فدلت الحالة على الوصايا كما إذا قال فى خلال وصيه : ادفعوا إلى فلان كذا كان وصية له بخلاف حال الحياة،

١ ـ راجع ص :

٢ ـ فى نسخة (ب) : «الولاد»

٣ ـ أى قدمنا فى الوصية

٤ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

٥ ـ راجع لوحة ٢١٦ من نسخة سراى أحمد الثالث

٦ ـ راجع لوحة ٢١٦ وما بعدها من نسخة سراى أحمد الثالث

٧ ـ فى نسخة (أ) : «لا أنه»

ومنهم من يقول : يصح(١) ؛ لأن المريض يصير كالأجنبى عن ماله من وجه إذا كان عليه دين حتى تقضى عليه كثير من تصرفاته إلا أن يجيزه الغريم، وإذا كان كذلك صار (أمره)(٢) بالضمان بمنزلة قبوله، فتم الضمان بقبوله عن (الغائب)(٣)، وهو فى حكم الأجنبى إلا أنه سماه استحسانا ؛ لأنه مالك (على الحقيقة)(٤) وليس بأجنبى فلا يكون قبوله عن المكفول به صحيحا قياسا، وإنما استحسن تغلب جهة الأجانب بضيق حال تدارك المريض.

وأما حديث (تفرد)(٥) المكفول له بالفسخ فليس بشىء، فإنه إذا ابرأ الكفيل كان قطعا لحكمه للحال لا ردا للكفالة من الأصل كما إذا ابرأ الأصيل كان إسقاطا (للحال)(٦) لا ردا للسبب على أن الابراء إن كان فسخا فهو فسخ حكما لإسقاطه ما ثبت له ؛ لأن الكفالة لا تبقى بدونه، والإسقاط يتم بالواحد، فأما ابتداؤه فإنما تصح تمليكا، والتمليك لا يتم بالواحد، (فلذلك)(٧) افترقا.

وإنما يعتبر الفسخ بالعقد إذا كان (قصد)(٨) إليه لا حكما لغيره.

— * —

١ ـ راجع أيضا المبسوط ١٩/١٧١

٢ ـ فى نسخة (أ) : «امرة»

٣ ـ فى نسخة (أ) : « الفائت»

٤ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٥ ـ فى نسخة (أ) : «رد»

٦ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٧ ـ فى نسخة (ب) : «فكذلك»

٨ ـ فى نسخة (ب) : «قصدا»

مسـألة

[الخلاف فى حكم بعض الكفالة بالمال والنفس]

إذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فهو ضامن له على المكفول به صحت الكفالتان(١)

وإذا قال : فإن لم يواف به(٢) فالمال الذى لك عليه على رجل ثالث وقبل الثالث، صحتا جميعا(٣) أيضا.

وإذا قال : فإن لم يواف به فالمال الذى لك على رجل آخر على هذا الكفيل(٤) فالكفالة صحيحة عند أبى يوسف.

١ ـ أى صحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال.

وعلى هذا أن الكفيل إذا لم يحضر المكفول عنه إلي ذلك الوقت لزمه ضمان المال ؛ لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة، وهذا التعليق صحيح، فإذا وجد الشرط لزمه المال، ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس ؛ لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافى الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما للتوثق، ولعله يطالبه بحق آخر المبسوط ١٧٧/١٩ والهداية ٢٩١/٦ وشرحها فتح القدير ٢٩١/٦)

٢ ـ أى بالرجل المكفول

٣ ـ أى صحت الكفالة الأولى - وهى الكفالة بالنفس - والثانية - وهى الكفالة بالمال - والكفيل به رجل ثالث غير الكفيل بالنفس.

فى هذه الحالة يكون الطالب واحدا والكفيل اثنين، الاول كفيل بالنفس والثانى كفيل بالمال.

والمكفول عنه واحد. وهو المديون.

٤ ـ فى هذه الصورة يكون الكفيل واحدا، وأما المكفول عنه فإثنان : الأول : المكفول عنه نفسه، والثانى : المكفول عنه دينه

وعند محمد : الكفالة بالمال باطلة(١) ؛ لأن المكفول عنه مختلف، فلا يصح بهذا الشرط، كما لو قال : «فإن (لم أوافك به)(٢) فالمال الذى لزيد (على عمرو) عليه»(٣) حتى كان المكفول عنه والمكفول له بالمال غير الأولين(٤) .

وهذا؛ لأنه لما اختلف المكفول لم يكن (الكفالة)(٥) الثانية بمنزلة الخلف من الأولى ؛ لأنها ليست (عن)(٦) الأول، والخلف يقوم مقام الأصل، فلابد أن يكون

١ ـ ذكر المؤلف - رحمه الله - ههنا ثلاث حالات فى تبعية الكفالتين

الأول : أن يكون الطالب والكفيل والمكفول عنه كلهم واحد

وفى هذه الحالة تصح الكفالتان عند الحنفية - استحسانا

(المبسوط ١٧٦/١٩ والكفاية ٢٩١/٦ والعناية ٢٩١/٦-٢٩٢)

والثانى : أن يكون الطالب واحدا والكفيل اثنين والمكفول عنه واحد لم أجد هذه الصورة صراحة فى الكتب ولكن ينبغى أن تصح الكفالتان مادام الطالب لم يختلف والمديون شخص واحد (راجع المبسوط ١٨٠/١٩، ٤/٢٠)

والثالث : أن يكون الطالب والكفيل واحدا والمكفول عنه اثنين.

فهو على الخلاف، ذكر المؤلف - رحمهم الله - فى ذلك الخلاف بين أبى يوسف ومحمد صاحبى أبى حنيفة - رحمهم الله عليهم.

وصرح فى المبسوط (١٨٠/١٩) أن الكفالة فى هذه الحالة صحيحة بالنفى وبالمال عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف فى قوله الآخر.

وفى قول محمد وفى قول أبى يوسف الأول : الكفالة بالمال باطلة.

إن الطالب - كما هو المشاهد - فى هذه الحالات واحد، وإن كان مختلفا والكفالة باطلة سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين - وذلك بالاتفاق كما ذكر فى المبسوط (١٨٠/١٩)؛ لأن عند اختلاف الطالب الكفالة الثانية لا تكون تابعة للكفالة الأولى ولا يكون تصحيحها مقصودا.

٢ ـ فى نسخة (أ) : «لم يوافك» وفى نسخة (ب) : «يواف» والاثبات من نسخة (ج)

٣ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «على و » والإثبات من نسخة (ج)

٤ ـ لأن المكفول عنه فى الكفالة الأولى المديون الذى كفل بنفسه

وفى الثانى عمرو، وأما المكفول له فى الأولى طالب النفس وفى الثانية زيد

٥ ـ فى نسخة (ب) : «المكفول»

٦ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «غير» والإثبات من نسخة (ج)

فى محل حكم الأصل ليستقيم، وإذا لم يكن خلفا بقى قوله : «فإن لم أوافك به» شرطا محضا، ولايصح تعليق الكفالة بالشروط المحضة على ما مر.

فأما إذا اختلف الكفيلان فمعنى البدلية قائم فى حق المكفول له والمكفول عنه ؛ لأن المضمون عنه هو ذلك المال الذى (لأجله)(١) / وقعت الكفالة بالنفس. [٥٢٧ب]
والخلافة إنما تثبت لهذا المعنى ، لا لأن بين المال والنفس مشابهة ومعاوضة، ولكن لما كان المقصود بالنفس المال الذى ادعى عليه استقام (خلفا عنه كما استقام)(٢) فى الأداء. فإن الكفيل بالنفس لو أدى المال برىء عن الكفالة بالنفس وأجبر الطالب على القبول كما لو كفل بالمال.

وأبو يوسف يقول : إن المكفول له (٣) متحد فى الكفالتين فيصح كما لو اتحد المكفول عنه مع ذلك واتحد الكفيل فاختلف ؛ لأن معنى الخلافة قائم فى حق المكفول له. وهو الوصول إلى الدين بسبب الكفالة الأولى، فإن منفعته بوصول دين عمرو إليه وبوصول دين زيد إليه سواء وينجبر بهذا المال ما فاته بعدم تسليم النفس، فهذا الذى قاله أبو يوسف مستحسن واعتبار معنى.

والذى قال محمد قياس : فان الكفالة بالنفوس متى أدى ما أوجب بها من تسليم النفس كان سببا لوصوله إلى الدين، وكان ذلك الدين ثمرة هذه الكفالة فكان بينهما اتصال. فأما دين على رجل آخر فلا يمكن الوصول إليه بتسليم نفس الأول فلم يكن بينهما اتصال، فلم يمكن أن يجعل ذلك المال خلفا عن هذه الكفالة ولا اتصال بينهما بوجه.

إلا أن أبا يوسف جعله خلفا فى حق الطالب لانجبار حقه فيما يفوت بعدم التسليم بهذا المال كما يكون بذلك المال من حيث المعنى وإن لم يتصل هذا المال بذلك الكفالة.

— * —

١ ـ تكرر فى نسخة (ب)

٢ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

٣ ـ وهو الطالب

مسـألة

[الخلاف فى حكم طلب الضمان لشخص ثالث]

رجل قال لآخر : «اضمن لفلان ألف درهم٠» أو قال : «اقضه ألف درهم٠» والآمر مقر بأن الألف عليه، ففعل المأمور لم يرجع عليه عند أبى حنيفة ومحمد، إلا أن يكون المأمور خليطا للآمر أو شريكا أو ممن يدخل فى عياله فيرجع بالمال على الآمر استحسانا٠ والخليط الذى يكون بينهما أخذ وإعطاء٠

وقال أبو يسوف أخيرا : يرجع(١) كما لو قال : «اقضه عنى» أو : «اضمن عنى٠»

وكذلك اذا لم يكن مقرا بالمال، والمسالة بحالها لم يرجع على الآمر بشىء٠

وعند أبى يوسف : يرجع ؛ لأن الأمر بالضمان أمر بضمان يصح من جهته وكذلك القضاء ولا يصح من جهته إلا أن يكون الأداء عنه، والمأمور نائب عنه، فصار كأنه قال : «إقض عنى٠» دليله : ما إذا كان المأمور خليطا له أو شريكا أو ممن يدخل فى عياله٠

ولهما : أن الأمر يتحقق أمرا بالقضاء من غير استقراض٠ فإن قضاء الدين كما يصح بمال من عليه الدين يصح بمال غيره فلا يضمن الآمر بالقضاء أن يصير المال للآمر والمأمور نائبا عنه فيبقى حكمه على ما لو قال : «تبرع عنى بقضاء الدين وأقض بمالك» فيصر سواء٠ لا كقول رجل : «اللهم اغفر لى» وقول السائل : «اعطنى شيئا»

١ ـ كان قوله الأول مع أبى حنيفة ومحمد ـ رحمهم الله ـ

يرجع للمسألة إلى المبسوط ٢٠/٥٥ـ٥٨

على هذا موضوع اللغة ؛ لأن الأمر إنما يتم آمرا على حقيقته من صاحب الولاية، ألا ترى أنا متى جعلناه آمرا بالضمان عندهم كان سؤالا حتى إذا جاء به صح، وإلا فلا، وإذا كان لا يصح فى الحالين إلا سؤالا عنه كان ابتداؤه سؤالا لا توكيلا وضعا فلا يزيد على المنصوص عليه سؤال الاستقراض إلا بدلالة زائدة إلا أن يكون المأمور ممن تعين للاستقراض منه بمعنى سابق على الآمر من خلطة أو شركة أو بسكن معه فى عياله فيزيد بتلك الدلالة معنى الاستقراض(١) .

وكذلك إذا لم يكن أقر بالمال للمكفول له لا يكون هذا الأمر إقرارا على قولهما لما ذكرنا : أنه سؤال تمليك مبتدإ من مال المأمور لا سؤال نيابة عنه، فلا يتضمن إقرارا بالمال على نفسه.

— * —

١ ـ قال فى المبسوط (٥٦/٢٠) : «وكذلك لو أمر به أجيرا له - وإنما أراد به التلميذ الخاص الذى استأجره مسانهة أو مشاهرة - فإنه بمنزلة من فى عياله»

مسـألة

[الخلاف فى الرجوع على الأصيل إذا مات المحتال عليه مفلسا]

المحتال عليه(١) إذا مات مفلسا رجع المال على الأصيل عندنا(٢) ،

١ ـ المحتال عليه : هو الذى التزم الدين بالذى نقل إليه من ذمة المحيل،

والمحيل : هو المديون

والحوالة : فى اللغة : النقل

والتحوّل : التنقل من موضع إلى موضع، والاسم الحول : ومنه قوله تعالى : ﴿خالدين فيها لايبغون عنها حولا﴾ سورة الكهف ـ ١٠٨

قال فى المصباح المنير (١٥٧/١ : «حولته تحويلا : نقلته من موضع إلى موضع،

وحول هو تحويلا، يستعمل لازما ومتعديا،

وحولت الرداء : نقلت كل طرف الى موضع آخر،

والحوالة ـ بالفتح ـ مأخوذة من هذا

فأحلته بدينه : نقلته الى ذمة غير ذمتك

وأحلت الشيء : إحالة : نقلته أيضا»

وقال فى المغرب (٢٣٥/١) : «أصل التركيب دال على الزوال والنقل ومنه : التحويل : وهو نقل شيء من محل إلى آخر،

وإنما سمى هذا العقد حوالة ؛ لأن فيه نقل المطالبة أو نقل الدين من ذمة إلى ذمة، بخلاف الكفالة، فإن فيها ضم ذمة إلى ذمة»

يرجع للمعنى اللغوى الى الصحاح ١٦٧٩/٤-١٦٨١، ولسان العرب ١٨٧/١١-١٨٨، والمصباح المنير ١٥٧/١، والمغرب ٢٣٥/١

والحوالة، فى الشرع : هو نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم،

(فتح القدير لابن الهمام ٣٤٦/٦)

أو هى : نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه،

(الكفاية ٣٤٦/٦)

يرجع أيضا للمعنى الاصطلاحى إلى كنز الدقائق ٢٤٤/٦ والعناية ٣٤٦/٦ والتعريفات للجرجانى ص ٩٣، ورد المختار ٣٤٠/٥ =

= ثم فى عقد الحوالة :

المحيل : هو المديون

والمحال والمحتال : هو رب الدين ويقال له أيضا : الحويل

والمحال عليه والمحتال عليه : هو الذى التزم ذلك الدين للمحتال

والمحال به والمحتال به : هو المال - أى نفس الدين

(فتح القدير لابن الهمام ٣٤٦/٦ والبحر الرائق ٢٤٤/٦)

٢ - يرجع للمسألة الى بدائع الصنائع ١٨/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٣٥١/٦-٣٥٢ والعناية ٣٥١/٦-٣٥٢ والبحر الرائق ٢٥٠/٦

إن الخلاف بين الحنفية والشافعية فى هذه المسألة راجع إلى أصل، وهو أن براءة المحيل بالحوالة تحصل مطلقة عند الشافعية،

وعند الحنفية : هى تحصل مقيدة معنى بشرط السلامة

وعلى هذا أن التوى عند الحنفية يعتبر من الحالات التى يخرج بها المحتال عليه من الحوالة، وينتهى به حكمها،

وعند الشافعية : حكم الحوالة لاينتهى بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل،

راجع للمزيد من المعرفة بدائع الصنائع ١٨/٦ وفتح القدير ٣٥٠/٦ وما بعدها والعناية ٣٥٠/٦ وما بعدها وروضة الطالبين ٢٣٠/٤-٢٣١

والتوى فى اللغة : هلاك المال وتلفه

يقال : توى المال يتوى توى، وأتواه غيره، وهذا مال تو

وقال فى اللسان (١٦٠/١٤) : «التوى : ذهاب مال لا يرجى

راجع للمعنى اللغوى الصحاح ٢٢٩٠/٦ ولسان العرب ١٦٠/١٤)

والتوى فى عقد الحوالة يتحقق بأحد الأمرين عند أبى حنيفة :

الأول : أن يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف، ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه ؛ لأنه حينئذ لايقدر على مطالبته،

والثانى : أن يموت المحال عليه مفلسا ؛ لأن ذمته خرجت من أن تكون محلا صالحا للإلتزام فلم تبق ذمة يتعلق بها الحق،

ويضيف إلى ذلك صاحباه أبو يوسف ومحمد وجها آخر، وهو : أن يحكم حاكم بإفلاس المحال عليه،

(راجع للمزيد من المعرفة الى بدائع الصنائع ١٨/٦-١٩، وفتح القدير لابن الهمام ٣٥١/٦-٣٥٢، والعناية ٣٥١/٦-٣٥٢، والبحر الرائق ٢٥٠/٦)

وقال الشافعي : لايرجع(١) لقوله عليه السلام : «من أحيل على ملىء(٢) فليتبع»(٣) ولم يوقت.

والمعنى : أن الحوالة توجب براءة الأصيل مطلقة بدليل : أن لايبقى عليه بسبب الدين مطالبة بوجه لا بعينه ولا ببدله، فلا يعود الدين إليه لعدم السلامة لصاحبه، دليله : الغاصب وغاصب الغاصب، فإن المغضوب منه بالخيار : إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني، فإن ضمن الثاني برىء الأول، فإن (توى)(٤) المال على الثاني لم يعد إلى الأول ؛ لأنه (برىء)(٥) بهذه الحوالة براءة مطلقة.

١ ـ المهذب ٣٤٥/١، ومغني المحتاج ١٩٥/٢-١٩٦ وروضة الطالبين ٢٣٢/٤
قال في المهذب : «وإن أحاله على ملىء فأفلس أو جحد الحق وحلف عليه لم يرجع الى المحيل ؛ لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه فسقط حقه من الرجوع كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض.»

٢ ـ مُلِيءٌ : أي غَنِيٌّ ومقتدر والملاءة : الغنى (المصباح المنير ٥٨٠/٢)

٣ ـ الحديث :
أخرجه بهذا اللفظ الطبراني في معجمه الوسط (نصب الراية ٥٦/٤-٦٠)
عن محمد بن عجلان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : «مطل الغني ظلم، ومن أحيل على ملىء فليتبع.»
وبلفظ : «مطل الغني ظلم، ومن أحيل على ملىء فليتحل» أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده ٤٦٣/٢ عن أبي هريرة رضي الله عنه.
وابن أبي شيبة في مصنفه - كتاب البيوع والأقضية / باب في مطل الغني ودفعه (٤٨٩/٤) عنه أيضا.
والحديث متفق عليه بلفظ : «مطل الغني ظلم، وإذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع» عن أبي هريرة - رضي الله عنه -
وهو في البخاري - في كتاب الحوالات / باب في الحوالة .. (١٠٣/١٠)
وعند مسلم - في المساقاة / باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة... (١١٩٧/٣)

٤ ـ المكتوب في النسخ : «نوى» والمعنى يستقيم بما اثبتناه

٥ ـ في نسخة (ب) : «برىء مطلقة»

وكذلك المولى إذا باع عبده وعليه دين استهلاك وسلم العبد وغاب المشترى بالعبد، فإن الغريم بالخيار : إن شاء ضمن المولى وإن شاء انتظر حضور العبد وعتقه ليطالبه به، فإن الأصل على العبد، فلو ضمن المولى لم يبق له على العبد سبيل وإن عتق و (توى على المولى)(١)

وكذلك قلتم أنتم فى المولى إذا أذن لعبده فى التجارة فلحقه دين مؤجل فباعه المولى، فإنه يصح فلو حل الأجل غرم المولى على أصلكم. فإن اختار الطالب ضمان المولى برىء العبد ثم لايعود إليه توى ما على المولى أو لم يتو.

وكذلك إن أعتق العبد والمسألة فى المأذن.

وهذا بخلاف ما إذا صالح الغريم على شىء عن الدين ثم ملك ذلك الشىء قبل التسليم إليه، فإن الدين يعود ؛ لأن البراءة ليست بمطلقة بل ببدل قائم مقام الدين على سبيل المعاوضة (.ألا ترى أنه يطالب بالبدل للحال.

وهذا ؛ لأنه لما كان على سبيل المعاوضة)(٢) لم يسلم له البراءة عن الدين إلا بسلامة العوض للأمر كالبيع سواء.

وإذا لم تكن(٣) معاوضة لم تقف على السلامة على ما ذكرنا،

وكانت بمنزلة الإبراء المحض ؛ لأن المحتال عليه ليس ببدل عن الدين كالغاصب الثانى.

١ ـ أى توى على المولى ماله

مابين القوسين فى نسخة (أ) و (ج) : «نوى على المولى» وفى نسخة (ب) : «ونوى على المال»

(راجع أيضا ـ للقياسين العناية ٣٥١/٦)

٢ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (أ)

٣ ـ أى لم تكن الحوالة

فاذا كان كذلك صار الأصل بريئا عن الدين بلا خلاف، فكانت براءة مطلقة ثابتة من كل وجه، فلا يعتبر لصحتها / سلامة الذى أبرأه و (لم يعتض بشيء)(١) [٥٢٨ أ]

وكذلك البائع لو احتال بالثمن على رجل آخر، لم يبق له حق الحبس بالثمن، كما لو أبرأه، ولو صالحه عن الثمن على شيء آخر حبس المبيع حتى يسلم إليه بدل الصلح.

ولهذا قال بعض مشائخنا : أن المحيل لو جاء بالدين لم يجبر صاحب الدين على القبول منه كما لو جاء به أجنبى متبرع ؛ لأن البراءة تمت فى حقه، وكالغاصب الأول لو جاء بالضمان بعد ما اختار المالك تضمين الثانى لم يجبر الثانى على القبول.

ومنهم من يقول : يجبر على القبول وليس بقدح ؛ لأن المحتال عليه متى أدى رجع بالمال على الأصل.

وكذلك لو تناقضا الحوالة قصدا عاد الدين إليه، فلم تكن البراءة قائمة، فأمكنه الرد بالإيفاء من قبله، كصاحب الدين إذا أبرأه المديون، فإن البراءة تثبت مطلقة غير موقوفة صحتها على (سلامة)(٢) شيء له، فالمديون إذا رده ارتد ؛ لأنه لم يتم بعد. وكذلك لو لم يصرح بالدين ولكن جاء بالدين يقضيه أجبر صاحبه على القبول ؛ لأن المحتال عليه يرجع عليه بالمال إذا أدى فكان له إبطالها(٣) بنقد المال من قبله.

١ - فى نسخة (ب) : «لم يقبض شيء»

٢ - غير موجود فى نسخة (أ)

٣ - أى إبطال الحوالة

ولأن الحوالة بمنزلة القبض من الأصل ثم إقراض الحويل بدليل أن البائع له حق حبس المبيع بالثمن (للحال)(١) فجاز، وإذا أحال بالثمن سقط حق الحبس وإن لم يتأخر قبض الثمن وهو حال كذلك، فعلم أنه سقط بوجود القبض حكما.

ولأن الذمة الأولى برئت وحق الطالب قائم ولن يتصور البراءة مع قيام حقه إلا بالقبض. ألا ترى أنه لا يبرأ بالكفالة ولا يبرأ بالصلح على مال آخر.

ولا معنى لقولكم : إن البراءة تثبت بالنقل عن ذمة إلى ذمة ؛ لأن النقل لا يتصور إلا بمنقول وليس فى الذمة شىء موجود يقبل النقل إنما هو وصف من اشتغال الذمة بالحق، والأوصاف لا تزايل الموصوف ولا تقبل النقل.

(ألا ترى أن المالك لو أراد أن ينقل ملكه فى الدين إلى غيره لم يصح ؛ لأنه وصف وكان كبيع طرف من العبد، وكذلك لايقبل(٢) المملوك.)(٣)

ألا ترى أن العين لما قبلت النقل من مكان إلى مكان قبل نقل الملك فيه الى مالك آخر.

ولا يلزم الحوالة فى باب الصرف، فإن العقد(٤) لايتم بالحوالة ؛ لأن هذا قبض حكمى بالذمة وإنه لايكفى فى باب الصرف كما إذا جعلا بدل الصرف قصاصا (بدين وجب بعد العقد حكما لو كان دينا غير صرف التقيا قصاصا)(٥) فكان قبضا.

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٢ ـ أى لايقبل النقل

٣ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

٤ ـ أى عقد الصرف

٥ ـ ما بين القوسين سقط فى نسخة (أ)

ولنا : أن هذه براءة بانتقال الحق لا بسقوطه، فيكون عدم السلامة للطالب من المنتقل إليه سببا لفسخ هذا الإنتقال والبراءة، كما إذا صالح عن الدين على عين فهلك قبل التسليم إليه ، فإن الحق يعود.

والدليل على أن البراءة بسبب الانتقال(١) : أن الحوالة شرعت للنقل من ذمة إلى ذمة مأخوذة من حوالة الفراش من موضع إلى موضع . وتحويل العين من مكان إلى مكان.(٢)

وكالكفالة شرعت للضم، فأوجب ضم ذمة إلى ذمة التزاما. ولأن الدين بعينه ثبت بالحوالة على [المحال عليه](٣) بدليل أنه لم يبق على الأصل، والشيء لا يتصور بعينه في مكان غير الأول إلا بإنتقال إليه.

والدليل على أنه ذلك الدين بعينه : أنه لو كان سلما لم يملك الطالب (الاستبدال)(٤) به ولو كان غيره لملك.

وكذلك الحوالة ببدل الصرف يجوز، ولا يصح (الاستبدال)(٥) به قبل القبض. فثبت أنه عينه لا غيره حكما. وكذلك بعد الحوالة لو تفرقا قبل القبض (بطل).(٦)

١ ـ أى براءة الحويل بسبب انتقال الدين إلى المحال عليه

٢ ـ راجع للمعنى اللغوى ص:٢٥٥ والمراجع المذكورة هناك

٣ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «الحويل» وهو خطأ ظاهر.

٤ ـ فى نسخة (ب) : «الاستدلال»

٥ ـ فى نسخة (ب) : «الاستدلال»

٦ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

فثبت أنه لايقتضى كما لايصير قصاصا بدين وجب بعد العقد حكما ؛ لأنه لا يكتفى بمثله قصاصا ، فينعدم القبض، فكذلك ههنا ينعدم.

ولأن الحوالة لو جعلت ما على [المحال عليه](١) دينا آخر بحكم القرض لما جاز ببدل الصرف مع قولهم : «إن بدل الصرف لم يقبض بالحوالة ؛ لأنه يصير دينا آخر فيصير استبدالا ، وإنه يجوز.»

ولأن الذمم خلقت محلا لاستيجاب الحقوق لا الأداء. وإنما الأداء يكون بالأركان فى البدنيات وبالأموال العين فى الماليات إلى الأيدى، والحوالة عقد الذمة. فثبت أنها للإيجاب كالبيع فى حق الثمن، وإنها لا توجب دينا آخر، فثبت أنها توجب من حيث النقل إليها.

ولا يلزم الدينان يلتقيان قصاصا ، فيصير القبض بالذمم ؛ لأن القبض لا يثبت بوجوب مثل الدين للمديون على الطالب بل يثبت بعد الوجوب بين الواجبتين ؛ لأن القبض لايفيد فلا يشتغل به، لا لأنه قبض (فيه بعينه)(٢) حتى إذا كان بدل صرف، وكان القبض شرطا لتتمة العقد لم يصر قصاصا ؛ لأنه لا قبض فيه.

فثبت أن البراءة انتقال كما فى الصلح ، إلا أن فى الصلح انتقالا من دراهم إلى ثوب. وههنا انتقال الدراهم عن ذمة إلى ذمة. ثم فوت السلامة عن الثوب كان سببا للفسخ، فليكن الصلح ههنا كذلك لمعنى مؤثر وهو : أن الطالب ما رضى ببراءة مطلقة بل بشرط وصوله إلى الحق من المنتقل إليه. فإذا فاتت السلامة بغير شرط

١ - فى نسخة (أ) و (ب) : «الحويل»

٢ - غير موجود فى نسخة (أ)

البراءة فبطلت(١) ؛ لأنها فى الجملة تحتمل النقض كما إذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة يعجلها اليوم فلم يعجل، بطل الصلح وإن كان إبراء ؛ لأنه كان شرط له فيه فائدة.

فثبت أنه بمنزلة الصلح على ثوب الذى يحتمل الفسخ.

وكذلك لو تناقضا الحوالة(٢) بعد تمامها انتقضت بخلاف البراءة المطلقة إذا تمت بالقبول لم يحتمل النقض.

فإن قيل : الصلح مبادلة من الجانبين جميعا بدليل أنه بقى للطالب بعد الصلح مطالبة بالحق. وكذلك بقى على المطلوب تسليم الحق. لكن بدلا عن الأول، فتغير حكم الأصل إلى (حكم)(٣) البدل فى الجانبين جميعا فأما / الحوالة [٥٣٨ب] فبراءة تامة فى حق المطلوب ؛ لأنه لم يبق عليه شىء للطالب أصلا وليست ببراءة عن أصل الحق فى حق الطالب ؛ لأن حقه باق كما ذكرنا، فيعتبر فى حق المطلوب ببراءة مطلقة وفى حق الطالب بمال قائم فى الذمة، لا براءة عنها حيث انتقل إليها ؛ لأنه أصل بنفسه فيها وليس ببدل فيكون فيها وإن أفلس، كما يكون فى الذمة الأولى.

ولأنه ما يبدل إلا مكان الواجب وأحكام الواجب (متعلقة)(٤) بالواجب لا بمكانه، فلا يتغير بالمكان شىء.

١ - أى بطلت الحوالة، قال فى بدائع الصنائع (١٨/٦) : «ان بالحوالة انتقلت المطالبة الى المحال عليه لكن الى غاية التوى ؛ لأن حياة الدين بالمطالبة، فإذا توى لم يبق وسيلة الى الاحياء فعادت إلى محلها الأصلى»

٢ - أى تراضيا على فسخ الحوالة (راجع أيضا إلى العناية (٣٥٠/٦)

٣ - غير موجود فى نسخة (أ)

٤ - غير موجود فى نسخة (أ)

قلنا : إن الذمة وإن كانت مكان المال فهى فى حكم محل لذلك الدين ، كالعين محل لملك العين ؛ لأنه لا مال فى الذمة يشار إليه، فيكون الذمة ظرفا للمال المملوك كالكيس للعين ، وبالإجماع المال مملوك قبل القبض وتجب فيه الزكاة،

علم أن الذمة صارت بمنزلة المملوكة مالا حكما، هذا كالمرأة تزوج نفسها، تصير بمنزلة المملوكة نكاحا وإن كانت حرة مالكة؛ لأن النكاح عقد تمليك ولم يملك منافعها فصارت العين المستحيل منها فى حكم المملوك (للزوج)(١) ، فكذلك الذمة فى حق الديون ؛ لأن الملك لابد له من مملوك ولا محل غير الذمة، إذ ليس فيها مال قائم والذمة ظرف،

ولهذا لايجب الدين على العبد إلا وشخصه مستحق بذلك الدين من حيث التعليق بمالية الشخص،

وكذلك دين الحر إذا قتل ووجبت بها الدية يتعلق بها الدين كما يتعلق بالرهن، والذمة الثانية خلف عن الذمة الأولى، وقد حلت محل المال المملوك فصارت المبادلة بين الذمتين كمبادلة الدين بعين فى حق صاحب الدين والمحتال عليه، إذا اعتبر بدلا (فى حقه)(٢) اعتبرت السلامة فى حقه لبقاء المبادلة على ما ذكرنا ويغير حكم الأصل فى حق الذمة الى حكم البدل، ومن حيث لا مبادلة بأصل الحق صارت الحوالة بالسلم، وببدل الصرف والانتعاض حكم ثابت فى العقد بين المتعاقدين لا فى حق الواجب، فانعدام المبادلة فى حق الواجب لا يضرنا ؛ لأنا نبقى لنقض العقد وتبديل المحل لا لتبديل الواجب، إلا أن الصلح يبقى المطالبة على

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - غير موجود فى نسخة (أ)

الأول ؛ لأن الذمة لم تتبدل، ووقعت البراءة عن الدراهم ؛ لأن الحق تبدل. وههنا بقيت المطالبة بالدراهم ولم تبق مثل الذمة الأولى، فكانت البراءة ثابتة فى البابين عن الذى انتقل عنه إلى الذى انتقل إليه والمطالبة قائمة بما انتقل إليه.

فثبت أنه لا فرق بينهما فى حكم البراءة والبقاء بقدر ما ثبت من (المبادلة)(١)

وهذا بخلاف عين (ينتقل)(٢) من مكان إلى مكان، فإنه يبقى على ما كان ؛ لأن المكان ظرف للمال المملوك وليس فى حكم المملوك، فلا يتغير حكم المملوك بتغير المكان كما قاله الخصم ههنا ، فهذا سر المسألة.

ولأنا وإن سلمنا أنه إبراء فإذا كان شرط السلامة من الحويل ينتقض بفوت الشرط كما ذكرنا فيما إذا صالح عن ألف مؤجل على خمسمائة يعجلها اليوم.

وهذا بخلاف ضمان الغصب على الغاصب وغاصب الغاصب ؛ لأن الضمان بدل المغصوب والمغصوب واحد، فكان البدل واحدا ؛ لأن السبب وجد منهما فقيل له : (لك)(٣) ضمان واحد على أيهما شئت. فإذا أختار تعين وكان الواجب عليه بدلا عن المغصوب لا عن الواجب على الأول ليعود إليه إذا (توى)(٤) على هذا.

وكذلك ضمان الغريم قبل المولى والعبد ضمان دينه لا غير، لكنه يثبت عند رجلين لوجود سبب الضمان منهما على أن يختار أيهما شاء ؛ لأن الواحد لا يثبت فى مكانين. وإذا اختار كان تعيينا لمن وجب عليه، لا أن يكون أحدهما بدلا عن الآخر كضمان الغصب سواء.

١ ـ فى نسخة (ب) : «المطالبة»

٢ ـ ما بين القوسين فى نسخة (ب) : «منتقل إليه»

٣ ـ فى نسخة (ب) : «ذلك»

٤ ـ المكتوب فى النسخ : «نوى»

وأما حق الحبس للبائع يبطل بالحوالة ؛ لأنه لم يبق له مطالبة قبل المشترى فصار كأنه أجله فى حقه، فبطل الحبس، وإن بقى الثمن غير مقبوض ؛ لأنه لا مطالبة. وبالصلح لا يبرأ عن المطالبة، والحبس فى مقابلة المطالبة لا أصل الدين.

وأما الجواب عن البراءة : فإن البراءة مرة بالقبض ومرة بالإبراء ومرة بالإنتقال إلى ذمة أخرى ؛ لأن الشىء إذا نقل من مكان إلى مكان فرغ الأول.

وأما الكفالة فضم ، ليست بنقل. وبالضم إلى الأول لا يفرغ الأول.

وأما قوله : «إن النقل لا يتصور» فضعيف ؛ لأنه لا مال، والمال كما احتمل الإيجاب احتمل النقل احتمالا على السواء، ثم بكونه دينا لا يشار إليه لم تمنع ثبوته، فلم يمتنع بعلة، ألا ترى أنه يورث.

إلا أنه يصح تمليكه من غير من عليه ؛ لأن الهبة لا تصح إلا بعد القبض لو تعين، فكذلك الدين، وإذا قبض صح.

فأما المعاوضة فتوجب العوض على (العاقد)(١) ولو تعلق بالدين لصار على غيره فيكون خلاف موجبه، فلا يملك بغير موجبه بالشرط، فيفسد الشرط على أنا جعلنا الذمة بمنزلة المملوكة مالا إذا وجب فيها دين حكما ولو كانت مالا مملوكا قبل نقل ذلك الملك إلى ملك مال آخر بالمعاقدة. فكذلك هذا بالحوالة (أيضا).(٢)

فالخصم يتشبث بظاهر اسم الحوالة، فإنها نقل محض. وبالنقل عن مكان إلى مكان لا ينبت للمنقول حكم المطالبة بل يبقى على ما كان قبل النقل وإنما يتبدل مكان الأخذ منه لا غير.

١ ـ فى نسخة (أ) : «العامد»

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

ونحن تشبثنا بمعنى تحت الحوالة، وهو المبادلة فى حق الذمة فإن الثانى خلف عن الأول لا محالة،

ثم كينونة المكان إذا كان ذمة فى حكم المملوك الداخل تحت الحوالة قياسا بالحوالة مبادلة لا يبنى عنها ظاهرها وبنى مكان الحق مبادلة، لا يتصور ذلك فى الأعيان، فكان أمرين باطنين

فأما حديث القبض(١) فضعيف للخصم ما له تحقيق،

وأما خبر النبى عليه السلام(٢) ، ففيه أمر بالاتباع لا بالبقاء، وما/ يوجب [٥٣٩أ] حكما لا يوجب البقاء عليه على ما عرف أن علل الوجود غير علل البقاء،

ولأنه أمر به حين الإحالة وبالإجماع لا يجب، ولكن يستحب وإنه (علق)(٣) الأمر بالحوالة والملاءة(٤) ، والخلاف حال الإفلاس،

— * —

١ ـ يعنى قول الخصم بأن الحوالة بمنزلة القبض من الأصل الحويل...

راجع ص : ٢٥٦

٢ ـ يعنى قوله ﷺ : «من أحيل على ملىء فليتبع»

راجع للحديث وتخريجه ص : ٢٥٢

٣ ـ فى نسخة (أ) : «حق»

٤ ـ قال فى بدائع الصنائع (١٨/٦) جوابا عن الاستدلال بحديث «من أحيل على ملىء فاليتبع»: « ولا حجة له فى الحديث ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشريطة الملاءة، وقد ذهبت بالإفلاس»

مسـألة

[الخلاف فى بعض الصور عن عدم الوفاء بالكفالة]

إذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه ألف درهم(١) ، فلم يوافه لزمه الألف عند أبى حنيفة، وآخر قول أبو يوسف.

وقال محمد : لا يلزمه إذا أنكر(٢) : أن لا مال له على المكفول عنه ؛ لأنه التزم ألفا غير موصوف بأنها للطالب على الأصل، فإنها تحتمل ألفا ابتداء وألفا له عليه. فلا يلزمه بالشك كما إذا قال للبائع : «بع عبدك من فلان بألف ولك على خمسمائة». لا يلزم هذا الشارط شيء لهذا المعنى.

ولأبى حنيفة : أن قوله : «فإن أوافك به فلك على ألف» ليس بالتزام مبتدإ، ولكن بناء على الأول على ما مر. فدل أنه فى حكم المبنى عليه. وهو التزام عن فلان. فصار كأنه قال : «فلك على ألف عنه».

وأما مسألة الشراء فإنما الشارط ابتداء على نفسه إلزاما به واحتمل من الثمن بالعطف عليه. واحتمل ابتداء بالشرط على غير المشترى والمتملك. فإن الوجوب على غيره خلاف الظاهر ، فاستويا فلم يجب بالشك.

— * —

١ - أى ذكر الألف مطلقا ولم يقيده. قال فى بدائع الصنائع (٤/٦) : «ولو كفل بنفس رجل وقال : «إن لم أوافك به غدا فعلى ألف درهم» ولم يقل : الألف التى عليه أو الألف التى أدعيت والمطلوب ينكر، فالمال لازم للكفيل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وعند محمد - رحمه الله - : لا يلزمه...»

٢ - يرجع للمسألة الى بدائع الصنائع ٤/٦-٥ وفتح القدير لابن الهمام ٢٩٣/٦-٢٩٤ والعناية ٢٩٣/٦-٢٩٤ والبحر الرائق ٢١٤/٦

مسـألة

[الخلاف فى حكم قول الطالب للكفيل : «برئت»]

إذا قال (الطالب)(١) للكفيل : «برئت»(٢) كان إقرارا بالاستيفاء منه عند أبى يوسف.

وعند محمد : لا : لأن «برئت» ملازم من الابراء، فثبت من ذلك الطريق كأنه قال : «برئت بالإبراء» فلا يلزمه شىء.

١ - فى نسخة (أ) و (ب) : «الأصيل» وهو خطأ ولم ينسجم مع المعنى والحكم.
والطالب : هو رب الدين أى صاحب المال، المكفول له.
(راجع تعريف الكفالة والمكفول له ص : ١٩٧)

٢ - ولو قال : «برئت إلى من المال الذى كفلت به من فلان فهذا يعتبر إقرارا بالقبض بلا خلاف، إنما الخلاف فى قول الطالب للكفيل : برئت» ولم يقل إلى»
وهو عند أبى يوسف إقرار بالقبض ؛ لأنه وصفه بالبراءة فينصرف إلى ذلك السبب المعهود وهو الإيفاء.
وعند محمد : هو بمنزلة قوله : «أبرأتك» يفيد براءة الكفيل دون الأصيل، أى هو الإسقاط عن الكفيل لا الإقرار بالإيفاء ؛ لأن قوله : «برئت» يحتمل وجهين :
الأول : يحتمل البراءة بالأداء
والثانى : يحتمل البراءة بالإبراء.
فكان الحمل على الأدنى أولى. والوجه الثانى هو أدناهما فيثبت.

— * —

إن هناك ثلاثة مسائل تتعلق بالبراءة.
الأولى : أن يقول الطالب للكفيل : «برئت إلى من المال» فهو إقرار بالإيفاء - كما ذكر - لأن لفظ : «إلى» للغاية. والمتكلم هو رب الدين وهو المنتهى فى هذا التركيب، فلابد أن يكون ثم مبتدأ، وهو المطلوب، فأفاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين. وهذا معنى الإقرار من رب الدين وبالقبض من الكفيل كأنه قال : «دفعت إلى المال» =

وأبى يوسف يقول : «برئت» فعل ملازم فيقتضى براءة من جهته، حتى يكون فاعلا للبراءة كقول الآخر : «جلست»، فإنه يقتضى جلوسا من قبله، (والبراءة من قبله)(١) لا يكون إلا بالإيفاء،

— * —

= والثانية : أن يقول : «أبرأتك من المال» فهو إبراء الكفيل فيكون فسخا للكفالة فلا يكون إقرارا بالإيفاء،

وهاتان بالإتفاق

والثالثة : أن يقول : «برئت» ولم يزد عليه، فهو موضع الخلاف لاحتمال المعنى البراءة بالأداء والبراءة بالإبراء، وذلك ما ذكره المؤلف - رحمه الله -

(راجع للمسألة المبسوط ٩١/٢٠، ٩٢ وفتح القدير لابن الهمام ٣٠٩/٦-٣١١، والعناية ٣٠٩/٦-٣٦٠ والبحر الرائق ٢٢٨/٦)

١ - ساقط فى نسخة (أ)

مسـألة

[الخلاف فى إبراء الغريم الميت من الدين ورد الوارث]

الغريم إذا أبرأ الميت عن الدين فرد الوارث صح عند أبى يوسف(١) .

وقال محمد : لايصح(٢) ؛ لأن الدين على الميت دون الوارث، وإنما هو ينوب عنه فى الأداء فلا يصح رده كما لايصح رد الوكيل بقضاء الدين عن رجل آخر.

وكذلك إذا أبرأ الأصيل لم يرتد برد الكفيل والكفيل عليه هذا الدين أو فى حكمه وهو أقرب إلى الأصيل (من الوارث)(٣)

ولأبى يوسف : ان الإبراء يحتمل الرد من الأصل ؛ لأنه يوجب حكم الملك فى الدين لولاه لما احتمل كالطلاق والعتاق، وإذا كان كذلك قام الوارث مقامه بعد موته فيما كان يقع له من الملك لو كان حيا كما فى دينه لو قتل، حتى صح إبراء الوارث للقاتل عن القطع وما يحدث منه فى حال حياة المجروح إذا مات عنه ؛ لأن الدية تجب بعد الموت والورثة هم المتملكون على الحقيقة ؛ لأن الميت ليس بأهل له فيثبت الملك للخليفة كما يبقى أملاكه على الخليفة وهو الوارث.

ألا ترى أن فائدة (البراءة)(٤) تعود إليهم. فإن البراءة متى صحت لم يستحق عليهم قدر الدين من التركة، ومتى لم تصح استحق عليهم، لا تظهر على غيرهم فائدة هذه البراءة (بوجه)(٥) .

١ - ذكر فى بدائع الصنائع (١١/٦) أن هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد - رحمهم الله.

٢ - يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ١١/٦

٣ - غير موجود فى نسخة (أ)

٤ - غير موجود فى نسخة (أ) ، وفى نسخة (ب) : «البرء»

٥ - غير موجود فى نسخة (أ)

فثبت أنهم بمنزلة من عليه الدين فى هذه الحالة فيصح ردهم كما (كان)(١) يصح رد الميت(٢) بخلاف الكفيل ؛ لأنه لم يقم مقام الأصيل فيما يقع له من الملك بل الملك يقع للأصيل ؛ لأنه من أهله دون الكفيل ؛ لأنه كانت عليه المطالبة لا غير على ما مر. وكذلك المأمور بقضاء الدين. هو أبعد من الكفيل ؛ لأن فائدة إبراء الأصيل يعود إلى الأصيل وتبرأ ذمته ويسلم له ماله، والكفيل تبع فيه مضمون إليه فلم يجز رده، وفيه إضرار بالأصل بأن يبقى عليه الدين ويؤخذ ماله بسببه.

فمحمد اعتبر الحقيقة فى هذا الباب وأبو يوسف اعتبر الحال.

ولمحمد شبهة : فإنا لو صححنا رد الوارث لبقى الميت مطالبا بالدين فى الآخرة إذا رده الوارث ثم لم يقضه الدين ولم يطلبه الغريم.

الجواب عن هذا : أحكام الدنيا لا تبنى على فوائد الآخرة بل على فوائد الدنيا.

فأن قيل : إن ملك الدين متى ثبت للميت بالابراء لم يحتمل البقاء والإنتقال إلى الورثة، فلا يقوم الورثة فيه مقامه كملك المتعة والنكاح وما لايبقى بعد الموت.

قلنا : ملك الدين ملك مال وإنه فى نفسه يحتمل الإرث. ألا ترى أنه إذا أبرأ عن الميت حال الحياة لم يورث للسقوط كالعين إذا ملك ؛ لأن المحل لا يقبل الإرث (بل)(٣) للحال، فإذا كان بعد الموت والملك لو وقع لوقع لهم فى الحال من غير انتقال على ما عرف فى مسائل الورثة. أشبه حال ما لايسقط منه وهو الهبة للمريض بعد القبض منه. فأما المنافع فغير قابلة بنفسها البقاء زمانين، والانتقال من شخص إلى شخص فى حالين، فلم تكن قابلة للإرث.

وكذلك ملك النكاح فى نفسه لايقبل من ملك إلى ملك وإن كان مما يبقى زمانين.

— * —

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٢ ـ أى رده حال الحياة.

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

مسـألة

[الكفالة لمال حال بشرط الأجل]

إذا كفل بمال حال على رجل بشرط الأجل إلى شهر ثبت الأجل للكفيل عندنا.(١)

وقال زفر : لايثبت ؛ لأن الأجل دخل فيها على الكفيل دون الأصيل كما لو أجل بعد الكفالة.

ولا يقال حين العقد الضمان واجب على الأصل ؛ (لأنه لا شيء يحتمل الأجل على الأصيل ؛ لأنه ليس شيء على الكفيل قبل عقد الكفالة، وإنما يجب)(٢) لأن الأجل ينصرف إلى الضمان الذى يجب بالكفالة. فإن الشراء بثمن إلى شهر صحيح وينصرف الأجل إلى ثمن يجب بالشراء، وكذا ههنا ينصرف إلى ضمان يجب بالكفالة.

إلا أنا نقول : إنه أضاف الأجل إلى المال الذى على الأصل فقال : «كفلت بمالك على الأصل إلى شهر.» فجعل نفس المال مؤجلا، وبالكفالة لايحدث مال آخر إن حدثت مطالبة أخرى، بل المال واحد فى الحالين وهو على الأصل فتأجل، وكذلك بعد الكفالة لو أجل أصل الدين (بأجل على الأصيل)(٣) إنما لا يتأجل ما عليه إذا أجل ما عليه من المطالبة(٤)

والله أعلم

تم كتاب الكفالة بحمد الله تعالى وعونه

— ❊ ❊ ❊ —

١ - ولا يطالب الكفيل إلا بعد حل الأجل (المبسوط ٦٨/١٩)
يرجع للمسألة إلى المبسوط (٦٨/١٩) وفتح القدير لابن الهمام (٣٠٨/٦) والعناية ٣٠٨/٦ والبحر الرائق ٢٢٧/١(

٢ - ما بين القوسين غير موجود فى نسخة (أ)

٣ - غير موجود فى نسخة (ب)

٤ - راجع للمزيد من المعرفة فتح القدير لابن الهمام (٣٠٨/٦ والعناية ٣٠٨/٦)

كتاب المضـــاربـــة

كتاب المضـــــــاربة(١)

بسم الله الرحمن الرحيم

[الخلاف فى المعقود عليه فى المضاربة]

قال أصحابنا : المضاربة تنعقد لإيجاب الشركة (فى الربح كالشركة تنعقد لإيجاب الشركة)(٢) فى العمل ورأس (المال)(٣) كشركة المضاربة رأس المال

١ ـ المضاربة :

فى اللغة : هى مفاعلة من ضَرَبَ فى الأرض : أى سار فيها

وفى التنزيل العزيز ﴿وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله...﴾ سورة المزمل-٢٠ يعنى الذين يسافرون للتجارة،

قال فى الصحاح (١٦٨/١) : «ضرب فى الأرض ضَرْبا ومَضربا - وبالفتح - : أى سار فى ابتغاء الرزق، يقال إن فى ألف درهم لمَضْرَباً : أى ضرْبًا»

قال فى لسان العرب (٥٤٤/١) : «المضاربة : أن تعطى إنسانا من مالك ما يتجر فيه على أن يكون الربح بينكما، أو يكون له سهم معلوم من الربح،

وكأنه مأخوذ من الضرب فى الأرض لطلب الرزق...»

يرجع للمعنى اللغوى الى الصحاح ١٦٨/١ ولسان العرب ٥٤٤/١ والمغرب ٦/٢)

وهى فى الشرع : عقد شركة فى الربح بأن يكون رأس المال من شخص والسعى والعمل من آخر، (التعريفات للجرجانى ص ٢١٨ وشرح المجلة ص ٧٤٤)

يرجع أيضا للتعرف الشرعى إلى تحفة الفقهاء ١٩/٣ والكتاب للقدورى ١٣١/٢ والعناية ٤١٥/٧ والكفاية ٤١٤/٧ وملتقى الأبحر ١٣٥/٢، وعقود الجواهر المنيفة ٥٩/٢

المضاربة تسمى أيضا المقارضة، يقال : قَارَضْتُه مُقَارَضَة : أعطيته مضاربة، (المغرب ١٦٩/٢، وأنيس الفقهاء ص ٢٤٧ والمصباح المنير ٤٩٨/٢)

وفى عقد المضاربة يقال لصاحب رأس المال : رب المال

وللعامل : مضارب،

(شرح المجلة ص ٧٤٤)

٢ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

٣ ـ ساقط فى نسخة (أ)

من جانب صاحبه والعمل لرب المال من جانب العامل، فمن حيث يعمل له بأمره كان بمنزلة الوكالة، ومن حيث يستحق بعمله بعض ما شرط له اشبه الإجارة، من حيث لايستحقه عوضا عن العمل حتى إذا لم يخرج شيء لايستحق شيئا ولكن يستحقه على سبيل الثمرة من عمله كما يستحق الثمرة (متولدة)(١) من الشجرة كانت شركة، فيها شبه بالعقود الثلاثة(٢) .

وقال الشافعي - رحمه الله - : المضاربة ليس فيها معنى الشركة، وبعض الربح يكون له على سبيل الجعالة، على ما بينا في كتاب الشركة.(٣)

وتبين فائدة هذا في نصيب المضارب من الربح، هل تجب الزكاة فيه أم لا؟

عندنا : تجب كما تجب على رب المال ؛ لأنهما يشتركان فيه.

وعنده : لا تجب ؛ لأن رب المال يملكه بفرع ملكه وهذا يملكه على رب المال بما شرط له جعالة على العمل لا أجرة فلا يملك صحيحا إلا بعد القبض.

وقد ذكرنا وجه ذلك في ابتداء كتاب الشركة(٤)

— * —

١ - غير موجود في نسخة (أ)

٢ - قال في عقود الجواهر المنيفة (٥٩/٢) : «وللمضارب خمس مراتب: أمين في الإبتداء، فإذا تصرف يكون وكيلا، وإذا ربح يكون شريكا، وإذا فسدت يكون أجيرا، وإذا خالف يكون غاصبا.»

(راجع أيضا تحفة الفقهاء ٢١/٣)

٣ - راجع كتاب الشركة ٣٦٧، ٣٠/٢وما بعدها

٤ - راجع كتاب الشركة ٢/ ٣٢٥

مسـألة

[الخلاف فى حكم تسمية رب المال للمضارب شركا مطلقا]

إذا سمى رب المال للمضارب شركا(١) فى الربح صح عند أبى يوسف وانصرف إلى النصف.

وقال محمد : لايصح(٢) ؛ لأن الشرك نصيب فى اللغة. قال الله تعالى ﴿أم لهم شرك فى السموات﴾(٣) أى نصيب(٤) .

وأبو يوسف يقول : هو نصيب مشتق من الشركة فيقتضى نصيبا على سبيل المساواة مع الآخر، ألا ترى أنه لو قال لآخر : أنت شريكى فى هذا المال كان بينهما نصفين، وكذلك إذا قال : اشركتك فى هذا العقد» كان بينهما نصفين، (فكذا هذا)(٥)

— * —

١ ـ قال : إذا سمى رب المال للمضارب » ولم يقل : «سمى المضارب لرب المال» ؛ لأن رب المال إنما يستحق الربح لأنه نماء ماله لا بالشرط، فلا يفتقر استحقاقه إلى الشرط، بدليل : أنه إذا فسد الشرط كان جميع الربح له.
والمضارب لايستحق إلا بالشرط ؛ لأنه إنما يستحق بمقابلة عمله، والعمل لا يتقوم إلا بالعقد. (بدائع الصنائع ٨٠/٥،٨١)

٢ ـ يرجع للمسألة بدائع الصنائع ٨٥/٦

٣ ـ سورة فاطر ٤٠، وسورة الأحقاف ٤، والآيتين بكاملهما : ﴿قل أرأيتم شركاءكم الذين تدعون من دون الله أرونى ماذا خلقوا من الأرض أم لهم شرك فى السموات أم ءاتيناهم كتابا فهم على بينة منه. بل إن يعدُ الظالمون بعضهم بعضاً إلا غروراً﴾ (سورة فاطر-٤٠)
﴿قل أرأيتم ما تدعون من دون الله أرونى ماذا خلقوا من الأرض أم لهم شرك فى السموات. ائتونى بكتاب من قبل هذا أو أثارة من علم إن كنتم صادقين﴾ (سورة الأحقاف ـ ٤)
وكذا فى قوله تعالى : ﴿قل ادعوا الذين زعمتم من دون الله لايملكون مثقال ذرة فى السموات ولا فى الارض ومالهم فيهما من شرك وماله منهم من ظهير﴾ (سورة سباء ـ٢٢)

٤ ـ والنصيب مجهول ، فصار الربح مجهولا.(بدائع الصنائع ٨٥/٦)

٥ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

مسـألة

[الخلاف فى حكم ما ربح المضارب فى العبدين]

إذا كان رأس المال ألف درهم واشترى المضارب به عبدين كل عبد يساوى ألفا لم يملك المضارب شيئا من العبدين حتى إذا أعتق لم يصح(١) .

وقال زفر : له الربع من كل واحد منهما(٢) ؛ لأنه ربح ألفا فيكون له النصف وذلك ربع كل واحد منهما(٣) . ألا ترى أنه لو كان اشترى عبدا يساوى ألفين كان له الربع. فكذلك العبدان. ألا ترى لو اشترى فرسين يساوى كل واحد منهما ألفا كان له ربعهما حتى إذا وهب الربع لرجل وسلمه إليه صح(٤) .

إلا أنا نقول : إن حقه فى الربح لايتحقق إلا بعد تحصيل رأس المال ، وقد ثبت من مذهب أبى حنيفة أن العبدين اثنين لايقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما هلى حاله، فلايمكن على أصله اعتبار العبدين جملة بينه، وبين المضارب. بل كل عبد يعتبر على حاله، وإذا اعتبر وحده لم يفضل منه شيء عن رأس المال بخلاف الفرسين ؛ لأنهما لا يقسمان جملة، وإذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحا وكذلك لو كان العبد واحدا.

١ - وذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله. (بدائع الصنائع ٩٣/٦)

٢ - يرجع للمسألة الى بدائع الصنائع ٩٣/٦ والعناية ٤٢٧/٧

٣ - فيجوز اعتاق المضارب نصيبه منهما (بدائع الصنائع ٩٣/٦)

٤ - راجع أيضا العناية ٤٢٧/٧ والكفاية ٤٢٧/٧

وكذلك مذهبهما(١) لأنهما يقولان : إن العبيد بمنزلة أجناس مختلفة حكما إلا أن يرى القاضى الصلاح فى الجمع أو يتراضوا على ذلك(٢) ، ولم يوجد المعنى الجامع فى مسألتنا هذه

— * —

١ - يعنى أبا يوسف محمد - رحمهما الله-

٢ - راجع أيضا الكفاية ٤٢٧/٧، قال فيه : «أما العبيد فعند أبى حنيفة - رحمه الله أجناس مختلفة لفحش التفاوت فى المعانى الباطنية

وعندهما : كذلك، إلا أن يرى القاضى الصلاح فى الجمع أو يتراضى على ذلك ، فحينئذ يجمع»

مسـألة

[الخلاف فى الزيادة والحط بعد انقسام الربح]

إذا انقسم المضارب ورب المال الربح، ثم زاد رب المال للمضارب شيئا فى شرطه، أو حط المضارب صح عند أبى يوسف وتعاد القسمة.

وعند محمد يصح الحط وتبطل الزيادة ؛ لأن الحط يكون عن رب المال؛لأنه هو المستحق عليه بشروطه ورأس المال هو المعقود عليه من جانبه وأنه قائم فصح الحط. والزيادة تقع للعامل، والمعقود عليه من جانبه عمله، والعمل قد انقضى حقيقة كما عمل وانقضى حكما بقسمة الربح ؛ لأن الربح قائم مقام عمله ؛ لأنه فرعه وحكمه، فإذا وهب العمل حكما وحقيقة صار المعقود عليه من جانبه فائتا فلا يصح الزيادة، كالزيادة فى الأجرة بعد انقضاء مدة الإجارة لاتصح لفوات المعقود عليه. والحط عن الأجرة صحيح ؛ لأن محل الأجرة الذمة إذا كانت دراهم وهى قائمة.

والدليل على أن الربح يصير كالهالك بالقسمة : أنه يخرج عن المضارب بالقسمة كما يخرج رأس المال بالاسترداد.

ولو استرد رب المال رأس ماله ثم زاد أو نقص لم يصح، فكذلك هذا فى حق العامل.

ولأبى يوسف : أن قوام المضاربة على رأس المال فإنه فى الابتداء لا يحضره غيره شىء. وكذلك لو استرد رأس المال بطلت المضاربة وإن لم يقسم الربح.

١ - يرجع أيضا ملتقى الأبحر ١٣٦/٢

فالربح فى هذا الباب تبع فما يقى رأس المال على حاله فالعقد بينهما قائم ، فصحت الزيادة والحط كما قبل قسمة الربح. ألا ترى أن الحط عن الثمن جائز بعد ما قبض واستهلك؛ لأن قوام العقد فى جانب الثمن بالذمة لا بدراهم مملوكة، فاعتبر قيام الذمة لصحته لا غير. ألا ترى أن الربح لو لم يقسم ولكن هلك صحت الزيادة والحط.

فكان ما ذكره محمد قياس، وهذا استحسان.

— * —

مسـألة

[الخلاف فى حكم الزيادة فى رأس المال بعد تحقق الربح]

المضارب بألف درهم بالنصف إذا تصرف وربح ألفا ثم أعطاه رب المال خمسمائة أخرى بالثلث على أن يعمل برأيه فخلطها بالألفين ثم هلك الألف (هلك) من الربح عند أبى يوسف.

وقال محمد : يهلك من المالين جميعا أخماسا فيهلك خمس الخمسمائة لأنه لما شرط فى الثانى غير ما شرط له فى الأول علم أنه لم يجعلها زيادة على الأول فلم يلتحق بها وصارت مضاربة أخرى كأن رجلا آخرى دفع وأذنا له بالخلط ثم هلك ألف.

وأبو يوسف يقول : إنه لو شرط مثل ما شرط فى المرة الأولى كانت الثانية زيادة على الأولى، والتحقت بالأ ولى كأنه دفع من الابتداء ألفا وخمسمائة وربح ألفا ثم هلك ألف فتكون الهالكة من الربح. فكذلك هنه ؛ لأن الدافع واحد فى الحالين. فالظاهر أنه أراد به تكثير رأس المال، وخلاف الشرط لايدل على منع ما قلنا ؛ لأنه جائز أن يدفع جملة ألفا وخمسمائة مضاربة على أن ربح الألف منها بالنصف وربح خمسمائة أثلاث، فيكون عقدا واحدا، فكذا هذا.

— * —

مسـألة

[الخلاف فى حكم مضاربة الأجير]

إذا استأجر الرجل أجيرا كل شهر بعشرة دراهم ليتجر معه فى حانوته، ثم دفع إلى الأجير ألفا مضاربة، فعمل الأجير فى الألف فى الحانوت وربح كان الربح لرب المال وله أجره(١) ، وكذلك إن وضع(٢) عند أبى يوسف،

وقال محمد : لا أجر له، وله شرطه من الربح(٣) إلا أن يعمل معه فى غير المضاربة فيستحق الأجر بحسابه،

وبينهما اتفاق : أن الإجارة لاتبطل بالمضاربة ؛ لأن الإجارة عقد لازم والمضاربة شركة، وليست بلازمة، فلا يرتفع اللازم بما ليس بلازم(٤) حكما له كما لا ترتفع الوكالة،

ولكن محمد يقول : إن العمل على المضاربة غير العمل الذى دخل تحت الإجارة ؛ لأنه يستحق بهذا العمل الشركة فى الربح إن وجد إذا أنفرد وبذلك الأجر

١ ـ معناه : أن المضاربة تعتبر فاسدة

٢ ـ أى باع بنقيصة عن الثمن الأول، وضع : خلاف ربح
يقال : وضع فى تجارته وضيعة إذا خسر ولم يربح،
وبيعة الوضيعة والمواضعة : هو بيع بنقصان من الثمن السابق وهو خلاف بيع المرابحة،
(المصباح المنير ٦٦٣/٢ والمغرب ٣٥٩/٢-٣٦٠ والتعريفات للجرجانى ص ٢٥٣ وأنيس الفقهاء ص ٢١٠

٣ ـ أى ان المضاربة تعتبر جائزة
يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ١٠١/٦

٤ ـ قال فى بدائع الصنائع (١٠١/٦) مبينا وجه أبى يوسف - رحمه الله - : ولا يجوز أن ينقض الإجارة بالمضاربة ؛ لأن الإجارة أقوى من المضاربة ؛ لأنها لازمة والمضاربة ليست بلازمة، والشىء لا ينتقض بما هو أضعف منه»

ربح أم لا، ويتغاير الحكمين بعرف تغاير العملين، وإذا صار غيره بطلت الإجارة بفوات عمله كما لو خرج من الحانوت ولم يعمل معه أو شارك استاذه وعمل فى الشركة، فإنه لايستحق الأجر بلا خلاف إلا أن يعمل فى غير الشركة فيستحق بقدره،

وأبو يوسف يقول : عمل المضاربة عمل المضارب، والأجير واحد ابتداء؛ لأن كل واحد منهما يعمل (للآمر)(١) فى ذلك المال، وتكون العهدة على الآمر فى جميعه، وإنما يفترقان فيما يطلب من العمل من حيث أن أحدهما يطلب به الأجرة فى الذمة والآخر شركة فى الربح الذى يحصل، فأما لا فرق بينهما فى أصل العمل وإذا كان هذا العمل وذلك سواء، والإجارة باقية وقع العمل من جهتها ؛ لأنها لازمة بالتسليم مستحق عليه بذلك الوجه فلا يتغير بقصده ونيته على ما (عرف)(٢) فى صوم رمضان وغيره بخلاف العمل على سبيل الشركة ؛ لأنه غير عمل الإجارة ؛ لأن عمل الإجارة يخلص(٣) للآمر، وهذا يقع على الشركة نفسها، ألا ترى أن الشركة وإن فسدت لا يستحق بذلك العمل أجرة، والمضاربة إذا فسدت وجب به الأجر(٤) ،

والله أعلم

تم كتاب المضـــــاربة

— * * * —

١ ـ فى نسخة (ب) : «للآمر بامرنا»

٢ ـ فى نسخة (ب) : «لصرف»

٣ ـ أى يحصل خالصا للآمر

٤ ـ أى أجر المثل،

كتاب المزارعـــة

كتـــــاب المزارعة

[الخلاف فى صحة المزارعة والمعاملة]

قال أبو حنيفة : المزارعة(١) والمعاملة(٢) باطلتان.

١ - المزارعة :

فى اللغة : مفاعلة من الزرع، وهو : طرح البذر فى الأرض.

والزرع : الإنبات.

يقال : زرعه الله، أى أنبته وأنماه، ومنه قوله تعالى : ﴿أفرأيتم ما تحرثون أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون﴾ سورة الواقعة -٦٤ : أى أأنتم تنمونه أم نحن المنمون له.

وقولهم : زرع الزراع الأرض، من اسناد الفعل إلى السبب مجازا

قال فى اللسان (١٤١/٨) : «زرع الحب يزرعه زرعا وزراعة : بذره

والاسم الزرع، وقد غلب على البر والشعير، وجمعه : زروع.

وقيل : الزرع : نبات كل شىء يحرث»

والمزرعة : موضع الزرع.

(الصحاح ١٢٢٤/٣-١٢٢٥، ولسان العرب ١٤١/٨ والمصباح المنير ٢٥٢/١ والمغرب ٣٦٣/١.)

وفى الشرع : هو عقد على الزرع ببعض الخارج.

(الهداية ٣٨٣/٨ و وكنز الدقائق ١٥٩/٨، واللباب فى شرح الكتاب ٣٢٨/٢.

٢ - المعاملة :

فى اللغة : هى مفاعلة من العمل.

والعمالة : هى رزق العامل أو أجرته

(الصحاح ١٧٧٥/٥ ولسان العرب ٤٧٦/١١ والمصباح المنير ٤٣٠/٢)

وفى الشرع : هى معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها.

(العناية ٣٩٩/٨)

وقد يسمى هذا العقد المساقاة.

ولذا عرفها فى الكفاية (٣٩٩/٨) بأنها : «المعاملة فى الأشجار ببعض الخارج منها»

وقال فى الصحاح (٢٣٨٠/٦) : «المساقاة : أن يستعمل رجل رجلا فى نخيل أو كروم=

وقال أبو يوسف ومحمد : (هما)(١) صحيحتان(٢) .

وقال الشافعي : المعاملة صحيحة ، والمزارعة فاسدة إلا أن تكون تبعا للمعاملة(٣) .

أما أبو حنيفة - فقد ذهب الى أن النبى عليه السلام نهى عن المزارعة من طرق أوردها محمد بن الحسن فى كتابه.

والقياس يوجبه ؛ لأن المزارعة والمعاملة فى الحقيقة إجارة للعامل ببعض ما خرج من عمله، أو إجارة الأرض ببعض ما يخرج من عمل العامل إذا كان البذر من قبل العامل، والإجارة بمثل هذا فاسدة ؛ لأن الأجرة معدومة ومجهولة. وكل واحد / منهما يوجب الفساد. [٥٤٠ ب]

= ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم مما تغله»

* والمساقاة فى اللغة : مفاعلة من السَّقْى. والسَّقْى : مصدر سقيت سقيا. ويقال: سَقَيْتُه لِشَفَتِه - بالكسر - والجمع : الأسقية.

والسقى : ما أسقاه إياه. والسقى - أيضا - : الحظّ من الشرب.

يقال : كم سِقْىُ أرضك ؟ أى كم حظها من الشرب ؟.

والمِسْقَاة والمَسْقَاة والسِّقَايَة : موضع السَّقْى.

(الصحاح ٦/٢٣٧٩-٢٣٨٠، ولسان العرب ١٤/٣٩٠-٣٩٤)

١ - غير موجود فى نسخة (ب)

٢ - يرجع للخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه إلى مختصر الطحاوى (ص١٢٧،١٣٣) والكتاب للقدورى (٢/٣٢٨،٢٣٣)، والهداية (٨/٣٨٤،٣٩٩) وبدائع الصنائع (٦/١٧٥،١٨٥) والبحر الرائق (٨/١٥٩،١٦٤)

٣ - يرجع إلى الاصطلام ٢/١٦٢ب، والمهذب ١/٣٩٧، ١/٤٠٠-٤٠١

قال فى باب المزارعة : لايجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه..فأما إذا كانت الأرض بين النخل ولا يمكن سقى الأرض إلا بسقيها نظرت : فإن كان النخيل كثيرا والبياض قليلا جاز أن يساقيه على النخل وتزارعه على الارض»

٤ - حديث النهى عن المزارعة :

فقد أخرج مسلم - فى كتاب البيوع / باب فى المزراعة والمؤاجرة (٣/١١٨٤) عن ثابت بن الضحاك، أن رسول الله ﷺ «نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة» وقال : «لابأس بها»

والدليل على أنها تنعقد إجارة إجماعهم على أنها لاتصح إلا موقتة، والوقت إنما يشترط لتقدير المنفعة فى باب الإجارة ليصير ما دخل تحت البيع من المنافع معلومة، وأما فى الشركات فلا يعتبر إعلام القدر وإنما يشترط إعلام النوع ؛ لأنه مبادلة بين العمل والمسمى ليصير بمعنى البيع فيشترط الإعلام بسبب، بل يبقى العمل خاليا عن العوض كما فى الوكالات والعوارى، فلا يشترط الإعلام، وههنا يشترط الإعلام علم أنها قوبلت بالمسمى.

والدليل عليه أيضا : أن الخارج إما أن يستحق بحكم الشركة فى الأصل ليكون الفرع مشتركا بحكم الأصل كالثمرة عن نخل مشتركة، أو بحكم التسمية بدلا عن المنفعة بحكم العارضة، إذ الملك المبتدأ لا يثبت بغير سبب، ولا يجوز وقوع الملك بحكم الشركة ؛ لأنه لا شركة فى أصله، فإن الثمرة تخرج من الشجرة لا من عمل العامل، وكذلك الزرع من الحب لا من عمل العامل ومنافعه، وإنما عمله شرط للخروج من البذر كالحضانة للبيض ؛ فإن الخروج من البيضة لا من الطير الحاضنة حتى إذا لم تكن الحضانة معتبرة حكما كالطير تحضن دجاجة بنفسها كان الفرخ لصاحب البيضة، وكذلك البذر إذا وقع فى أرض رجل فسقتها السماء فنبتت كان لصاحب البذر.

ولو وقعت الشركة بين منافع الطير والبيضة فى تفريع الفرخ لكان بينهما، وكذلك بين منافع الأرض والحب، إلا أن الرجل إذا اغتصب فزرع أو حضن البيضة كان له(١) ؛ لأنه بذلك الاستعمال صار مستهلكا لما غصب؛ لأن فعله معتبر، وهو استهلاك، وإذا كان استهلاكا للأول كان إحداثا فى الحكم للفرع فأضيف إليه فى

١ - أى للغاصب.

الحكم، ومتى لم يكن الفعل معتبرا لم يصر استهلاكا وإحداثا، وبقيت العبرة للبيضة ومنافع الطير، فأضيف إلى الفرخ وإلى البيضة،

وكذلك فى مسألتنا هذه لا يضاف الخارج بحكم التفرع إلا إلى البذر والنخل، فإن منافع العامل أبعد من منافع الأرض وقد سقط حكم الاستهلاك والإحداث بعمله إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض ؛ لأنه عامل بإذنه وأمره بمنزلة أجيره، فيصير عمله بمنزلة (عمل)(١) رب الأرض حكما، وإن البذر من العامل فهو (للعامل)(٢) وما من قبل الأرض إلا منافع أرض ما فيها من قبله استهلاك واستحداث ليضاف الخارج إليه،

وفى النخل ظاهر ؛ لأنه لو كان غاصبا وسقى وعمل حتى أثمرت كانت الثمرة لصاحب النخل،

واذا كان كذلك ثبت أن الاستحقاق فى الخارج بسبب مبتدإ فلا يصح التصرف فيه تمليكا قبل الوجود والإعلام خصوصا بإزاء المنافع ؛ لأنه بمنزلة البيع، وكان مثاله رجل قال لآخر : «سلمت إليك هذه الأغنام لترعاها شهرا بنصف الخارج من ألبانها (وسمونها)(٣) وصوفها» فإنه فاسد، بل هذا أولى بالفساد ؛ لأن الخارج من البذر أو النخل، الشك فيه أكثر من الخارج من الغنم واللبن والسمن بخلاف المضاربة؛ فإنها تنعقد - على مامر - شركة حتى لم يجب إعلام قدر العمل بالوقت؛

١ - غير موجود فى نسخة (ب)

٢ - فى نسخة (ب) :«العامل»

٣ - غير موجود فى نسخة (أ)

لأن الربح يجوز أن يتفرع من العمل، فإنه يشترى ما يساوى عشرة بحسن هدايته بتسعة فيربح درهما بالشراء ثم يبيعه بأحد عشر، وربح درهما آخر بالبيع، ولكن لابد فيه من المال ليصير بيعا وشراء، فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا، فصح الاستحقاق بحكم التفرع عن اصل مشترك بينهما ولم يحتج إلى سبب جديد للتملك بعد الحدث فلا يصير إجارة.

إلا أن الخصم خالفوه بالنص وهو : ما روى أن النبى عليه السلام حين فتح خيبر قسم أرضها بنخيلها بين الغانمين، ثم أعطاهام معاملة ومزارعة بالنصف(١) ، وبقيت كذلك فى زمن أبى بكر وصدر من ولاية عمر إلى (أن)(٢) أجلاهم(٣) ثم لا نسخ بعد رسول الله، فيترك القياس به.

ودل أن النهى عنها ليس بصحيح. إذا لو صح لما عمل بخلاف النبى، وأن المناهى محمولة على أنواع مزارعات كانوا يتعاطونها هى كلها فاسدة فى الإسلام على ما بينها محمد فى الكتاب.

١ ـ الحديث : متفق عليه من حديث ابن عمر رضى الله عنهما : «أن رسول الله ﷺ أعطى خيبر اليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها »
وهو عند البخارى - فى كتاب المزارعة / باب المزارعة مع اليهود (١٧٢/١٠)
وعند مسلم : - فى كتاب المساقاة / باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١١٨٦/٣) واللفاظ للبخارى.

٢ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

٣ ـ روى مسلم عن ابن عمر - رضى الله عنهما - فى كتاب المساقاة / باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١١٨٧/٣) : «أن عمر بن الخطاب أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز، وأن رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها، وكانت الأرض حين ظهر عليها، لله ولرسوله وللمسلمين. فأراد إخراج اليهود منها. فسألت اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم بها على أن يكفوا عملها، ولهم نصف الثمر.
فقال رسول الله ﷺ : «نقركم بها على ذلك، ماشئنا»
فقروا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحاء»

فإن قيل : يحتمل أن النبى عليه السلام شرط لهم النصف عمالة كما فى مال الصدقات شرط للعامل سهم.

قلنا : لو كانت عمالة لم يصح الشرط إلا بقدر الكفاية، فإن العامل اذا شرط له ثمن ما يخرج من عمله لم يصح، وكان له ما يكفيه ويكفى أعوانه وشرط النصف كان صحيحا حتى أن عبدالله بن رواحة(١) كان يأتيهم خارصا يتحرى العدل فيه، وكانت بينهم فى ذلك خصومة(٢) .

فان قيل : إن النبى عليه السلام شرط فيها متى شاء أخرجناكم وهذا الشرط لايصح فى المعاملة.

١ - عبدالله بن رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس بن عمرو بن امرىء القيس الأكبر ابن مالك الأنصارى الخزرجى الشاعر المشهور. يكنى أبا محمد ويقال : كنيته أبو رواحة.
وكان أحد النقباء ليلة العقبة، وشهد بدرا وما بعدها الى أن استشهد بمؤتة وكان ثالث الأمراء بها بعد زيد بن حارثة وجعفر بن أبى طالب - رضى الله عنهم. كان من أجرإ شجعان المسلمين وأسرعهم شعرا.
كانت غزوة مؤتة فى شهر جمادى الأولى من السنة الثامنة للهجرة
(الاستيعاب ٢/٢٩٣-٢٩٧ والإصابة ٢/٣٠٦-٣٠٧ وتقريب التهذيب ص ٣٠٣ السيرة النبوية لابن هشام ٢/٣٧٣، ٣٧٩)

٢ - السيرة النبوية لابن هشام ٢/٣٥٤، والسيرة النبوية للندوى ص ٢٦٤
قال فى سيرة ابن (٢/٣٥٤) : «إنما خَرَّص عليهم عبدالله بن رواحة عاما واحدًا، ثم أصيب بمؤتة - يرحمه الله - فكان جبار بن صخر بن أمية بن خنساء أخو بنى سلمة هو الذى يخرص عليهم بعد عبدالله بن رواحة»

قلنا : لأن النبى عليه السلام كان عرف من حكم الله تعالى أنه لايجتمع دينان فى جزيرة العرب(١) ، وأن الجلاء كان يجب متى جاء الوقت لولا الشرط، فلم يكن

١ - روى مالك - رحمه الله - فى الموطأ - كتاب الجامع / باب ما جاء فى إجلاء اليهود من المدينة (٨٩٢/٢) عن ابن شهاب أن رسول الله ﷺ قال : «لايجتمع دينان فى جزيرة العرب»
قال : قال ابن شهاب : ففحص عن ذلك عمر بن الخطاب حتى أنه الثلج واليقين أن رسول الله قال : «لايجتمع دينان فى جزيرة العرب» فأجلى يهود خيبر»
وجاء فى حديث رواه ابن العباس - رضى الله عنهما - : أن النبى ﷺ أوصى بثلاث :
«أخرجوا المشركين من جزيرة العرب، وأجيزوا الوفد بنحو ما كنت أجيزهم»
قال : وسكت عن الثالثة، أو قالها فأنسيتها»
والحديث متفق عليه»
وهو عند البخارى - فى كتاب الجزية.../ باب إخراج اليهود من جزيرة العرب (٢٣٤/١٢)
وعند مسلم - فى كتاب الوصية / باب ترك الوصية لمن ليس له شىء يوصى به (١٢٥٧/٣-١٢٥٨)
وروى عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : «لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب، حتى لا أدع إلا مسلما»
فقد أخرجه مسلم - فى كتاب الجهاد / باب إخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب (١٣٨٨/٣)
وأخرجه أبو داود ، فى كتاب الخراج والإمارة / باب إخراج اليهود من جزيرة العرب (مختصر المنذرى ٢٤٧/٤)
والترمذى - فى السير / باب ما جاء فى إخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب (١٥٦/٤)
وفى رواية عنده (١٥٦/٤) : «أن رسول الله ﷺ قال : «لئن عشت - إن شاء الله - لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب»
قال فى عمدة القارى (٢٣٣/١٢) : «إن النبى ﷺ أراد أن يخرج اليهود ؛ لأنه كان يكره أن يكون بأرض العرب غير المسلمين... وكان يرجو أن يحقق الله رغبته فى إبعاد اليهود عن جواره فلم يوح إليه فى ذلك شىء إلى أن حضرته الوفاة، فأوحى إليه فيه فقال : «لايبقين دينان بأرض العرب» وأوصى بذلك عند موته، فلما كان فى خلافة عمر - رضى الله تعالى عنه قال : من كان عنده عهد من رسول الله ﷺ فاليأت به وإلا فإنى مجليكم فأجلاهم»

الشرط منه مفسدا كما لو شرط صاحب البذر : أنى متى شئت تركت الزراعة كان صحيحا ؛ لأنه يجب له ذلك قبل الشرط.

فإن قيل : إن النبى عليه السلام لم يوقت(١) وقتا معلوما، وبغير وقت لا يجوز، بل ذكر وقتا مجهولا فقال : «أقركم ما أقر الله ورسوله.»

قلنا : أكثر ما فى الباب أن هذه زيادة شرط ثبت بالإجماع، وهذا لايدل على بطلان الأصل. فإن الزيادة (زيادة)(٢) على الأصل على أن قوله : «أقركم ما اقر الله ورسوله.» إشارة الى وقت الجلاء، ويحتمل أن الوقت كان معلوما عندهم فى التوراة، فلم يحتج النبى عليه السلام إلى الإعلام بنفسه كما إذا قال : «إلى النيروز» أو «المهرجان»، وهو معلوم(٣) عند الشافعى - فإنه يصح.

ويحتمل أيضا أن المعاملة كانت شريعتهم / وعادتهم، ولذلك طالبوا من رسول [٥٤١ أ] الله عليه السلام أن يعاملهم وقالوا : «نحن أشفق عليها من غيرنا.» ولو لم تكن شريعة لهم وعادة لما عقلوها فكانوا لا يطلبون شيئا لا يعلمونه. والعادة من قوم متى ظهرت فى المعاملات والمزارعات انصرف مطلق العقد إلى ذلك لما ينصرف مطلق تسمية الدراهم إلى البلد.

فإنا متى لم نحمل هذه المعاملة على وجه صحيح بينا ما ظهر من المعاملات (والمزارعات)(٤) على وجه الفساد وإنه غير جائز بحال.

١ - أى لم يوقت للعقد

٢ - ساقط فى نسخة (ب)

٣ - أى التوقيت بالنيروز أو المهرجان. سبق الخلاف فى ذلك فى ص :

٤ - غير موجود فى نسخة (أ)

فإن قيل : يحتمل أن الرجال كانوا غنيمة كالأراضى فلم تكن فى الحقيقة معاملة إذ لا معاملة بين المولى وعبده على وجه الصحة، إلا أنه ترك عليهم ما سمى لهم ترغيبا لهم فى العمل.

وكما فى العادة يهب الرجل شيئا (لعبده)(١) ثم لا ينزعه منه وإن لم يصح.

قلنا : ما فعل شىء من الأخبار أنه استرقهم ولا ظهر فى المسلمين بيع واحد منهم، ولا يجوز أن يكونوا عبيدا لهم وإماء يتوالدون ويبقون على عهد رسول الله الى عهد عمر، ولا يحتاج (مالك)(٢) إلى بيع جديد منهم ولا استعمالهم فى شىء آخر.

ولأن عمر أجلاهم إلى الشام ولو كانوا عبيدا لجاز مقامهم فى أرض العرب تبعا للمسلمين، ولم يكن المقام فى السكنى مضافا إليهم ، فكان لا يحل لعمر أن يبطل أملاك المسلمين بالجلاء، وكان أن كان يجب الجلاء أن يباعوا من روم جاء فى جزيرة العرب كعبد الكافر إذا أسلم، ولم يجز إبقاؤه معه فإنه يباع من مسلم ولا يبطل على الكافر ملكه بحق الله، فلأن لا يبطل على المسلم أولى.

ولأن النبى عليه السلام قال فى قتيل خيبر : «يحلف لكم اليهود خمسين يمينا بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا.»(٣)

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٢ ـ أى فى نسخة (ب) : « إلى مالك»

٣ ـ الحديث :

روى البخارى - رحمه الله - فى كتاب الجزية والموادعة مع أهل الذمة والحرب / باب الموادعة والمصالحة مع المشركين بالمال وغيره ... (٢٤٠/١٢) عن سهل بن أبى حثمة قال : «انطلق عبدالله بن سهل ومُحَيِّصَة بن مسعود بن زيد إلى خيبر وهى يومئذ صلح فتفرقا، فأتى محيّصة إلى عبدالله بن سهل وهو يتشحّط فى دم قتيلا فدفنه، ثم قدم المدينة، =

والقسامة (١) لا تجب على العبيد، وقال لأولياء القتيل (أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟) ولو كانوا عبيدا لكان بدل القتيل يجب على الموالى وهم الذين يخبزون،

ولأن النبى عليه السلام أراد أن يجليهم حين فتح خيبر ؛ فطلبوا النبى عليه السلام أن يعاملهم فلولا أنه كان من عليهم وإلا لكان لا يجليهم ولكان لا يقاسمهم، وكان عبدالله بن رواحة يتحرى العدل،

وكان النبى عليه السلام أثبت الربا على عامل خيبر فى أن أعطى صاعين وأخذ صاعا(٢) ، والربا لا يجرى بين العبد ومولاه، لا يجب العدل فى القسمة،

= فانطلق عبدالرحمن بن سهل ومُحَيِّصَة وحُوَيِّصَة ابنا مسعود إلى النبى ﷺ فذهب عبدالله يتكلم فقال : كُبِّر كُبِّر، وهو أحدث القوم، فسكت وتكلما،

فقال : «أتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم؟ »

قالوا : كيف نحلف ولم نشهد ولم نر ؟

قال : «فتبريكم يهود بخمسين ؟»

فقالوا : كيف نأخذ أيمان قوم كفار؟

فعقله النبى ﷺ من عنده»

ورواه مسلم فى الكتاب القسامة / باب القسامة (١٢٩١/٣) عن سهل بن حثمة وعن رافع بن خديج، وللحديث طرق وألفاظ (راجع عمدة القارىء (٢٤٠/١٢)

١ - * القسامة :

فى اللغة : مأخوذ من القَسَم : وهو اليمين

يقال : أَقْسَمَ بالله إِقْسَامًا

وأَقْسَمْت : أى حلفت

قال فى الصحاح (٢٠١٠/٥) : «أقسمت : حلفت، وأصله من القسامة، وهي : الأيمان تقسم على الأولياء فى الدم»

(الصحاح ٢٠١٠/٥ ولسان العرب ٤٨١/١٢ والمغرب ١٧٨/٢)

وفى الاصطلاح : هى أيمان تقسم على المتهمين فى الدم من أهل المحلة،

العناية ٣٠٤/٩، وأنيس الفقهاء ص ٢٩٥ والتعريفات للجرجانى ص ١٧٥

٢ - الحديث : متفق عليه ، سبق ذكره وتخريجه فى (٢٢٨/٦)

فإن قيل : يحتمل أن الأراضى لم تقسم وكان من عليهم فى أراضيهم وكان شرط عليهم النصف خراج مقاسة،

قلنا : رواه محمد بن الحسن أن النبى عليه السلام قسم الأراضى بين المسلمين على ستة وثلاثين سهما وأراد إجلاءهم، فطلبوا المعاملة،

ولأن عمر حين أجلاهم لم يضمن شيئا، لو كان ملكا لهم لما رأى التملك عليهم وهم ذمة إلا بالقيمة،

ألا ترى أنه لما أجلى يهود وادى القرى ضمن لهم القيمة، وهو مذهب أبى بكر وعمر، فإنهما أقرا اليهود على هذه المعاملة، ومذهب على ومعاذ وجماعة من الصحابة، روى عنهم محمد بن الحسن فى الأصل،

ولكنا شرطنا التوقيت ؛ لأنها تنعقد إجارة ابتداء ثم تنقلب شركة إذا صحت بخلاف المضاربة فإنها تنعقد شركة ابتداء ثم تنقلب إجارة اذا فسدت ؛ لأن ابتداء المزارعة شبه الإجارة لا الشركة من الوجه الذى قاله أبو حنيفة، إلا أنه لا يمكن تصحيحها إلا بشركة لما ذكرنا أن بعض الخارج لا يجوز أن يستحق على سبيل التملك ابتداء، بل على سبيل الشركة عن أصل مشترك،

وقد أمكن من وجه؛ لأن الحضانة من جهة منافع الأرض أو الحاصل، وإن كانت شرطا لا علة فخروج الخارج على ما قاله أبو حنيفة - فقد جوز أن يلحق بالعلة ؛ لأن الشرط إن فارق العلة فى الإيجاب شركته فى الاتحاد، فمن هذا الوجه ألحق بالعلة احتيالا لتجويز ما اعتاده الناس سببا لمكاسبهم ترخيصا لهم كما جوزت المضاربة وأن كان قوام البيع والتجارة بالمال لا بالتصرف، حتى إذا فسدت المضاربة كان الربح كله لرب المال دون العامل رخصة للناس، إلا أن ذلك أقرب إلى

القياس لما ذكرنا أن العمل إبراء فى إيجاب الربح وتحصيله من حيث المعنى كما للمال من حيث الحقيقة فرجح فى المضاربة جانب الشركة فجعل ابتداء شركة وإن لم يسقط معنى الإجارة، حتى إذا فسدت كانت إجارة لو تمخضت شركة لما أوجب الأجر كالشريك شركة عنان(١) والأجير فى طحن حنطة مشركة.

وفى مسألتنا هذه رجحنا جهة الإجارة حال الوقوع ثم أوجبنا معنى الشركة إذا صحت ليكون أخذ الخارج بسبب الشركة دون الإجارة.

فصارت العقود على المنافع على وجه يكسب به المال للغير ضروبا أربعة :

- وكالة محضة
- وشركة محضة
- وفيها حكم الإجارات والوكالات، يظهر حكم الإجارة عند فسادها(٢)
- وإجارة فيها حكم الشركات والوكالات، يظهر ذلك عند صحتها.(٣)

فلم يجز اعتبار بعضها ببعض من كل الوجوه بل من الوجه الذى يتشابهان فيه.

ولا معنى لقول من يقول : إن خبر المزارعة جاء بخلاف الأصول ؛ لأنا لم نجد فى نفس المزارعة أصلا نرده. وإنما يرده القياس على سائر الأصول. وإنه ساقط؛ لأن المزارعة أصل بنفسه كسائر الأصول فلم يبطل بغيره.

ولأنا ذكرنا أن فيها ضربا من القياس فى اضافة الحكم إلى الشرط وقد يضاف إليه فى الجملة إذا لم / تمكن الإضافة إلى العلة نحو قطع حبل القنديل حين [٥٤١ب] انكسر، ضمن القاطع ، وهو إنما رفع المانع من السقوط وهو الحبل. والمانع

١ - سبق ذكر شركة عنان وتعريفها فى ٢ / ٣٥٩

٢ - وذلك كالمضاربة

٣ - وذلك كالمساقاة والمزارعة

كالشرط، ولكن لما لم تمكن الإضافة مع العلة لا تكون خروجا من القياس أصلا، وإنما تكون خروجا إذا أضيف إليه وهو بحيث لا تجوز الإضافة إليه.

وأما الشافعى فإنه زعم أن خيبر لها نخيل معاملة، وكانت المزارعة بين النخيل تبعا لها، فلا يجوز إلا هكذا.

إلا أن محمد بن الحسن روى جواز المزارعة مقصودا عن معاذ بن جبل وغيره.

ولأن جواز المعاملة يدل على جواز المزارعة ؛ لأنها نظيرها فى القياس ؛ لأن عمل العامل فى الأشجار حضانة كعمل (الزارع)،بل عمل الزارع أقوى تأثيرا فى الخارج ؛ لأن نفس الحب بعمله يصير شيئا آخر، حتى قلت لو كان غاصبا(١) يصير الفرع له، ونفس عمل العامل فى الشجر لا يغيرها. فجواز المعاملة يدل على جواز المزارعة من طريق الأولى بخلاف رعى الأغنام ببعض ما يخرج من ألبانها ؛ لأن اللبن لا يخرج من الشاة ولا الصوف بحضانته. فإن الغنم يأكل بنفسها ويشرب بنفسها،وبذلك السبب ينمو ويخرج اللبن.

ولأن عمل الشجر فى هذا الباب إنما يضاف إلى العامل، فلم يصر عمل الراعى شرطا للزيادة جين التقريب بين الماء والغنم شرط لشربها، والغنم شربها باختيارها لا يضاف إليه، بل ذلك الشرب بمنزلة سعى العامل فى باب الشجر.

— * —

١ - فى نسخة (أ) : «الزراع

٢ - أى لو كان الزارع غاصبا

مسـألة

[الخلاف فى الزواج على أن يزرع الرجل أرضه ببزر المرأة على أن الخارج بينهما مناصفة]

اذا تزوج امرأة على أن يزرع أرضه ببذرها(١) على أن الخارج بينهما نصفها، فالمزارعة فاسدة والنكاح جائز ويجب لها من المهر نصف منافع الأرض عند أبى يوسف.

فإن سلم إليها الأرض حتى زرعت فلا شىء لها غير ذلك، ويجب لصاحب الأرض عليها نصف أجر مثل الأرض بحق الزراعة والخارج لها.

وإن لم يسلم ضمن للزوج نصف أجر مثل الأرض مهرا

وقال محمد : يجب لها من المهر الأقل من مهر المثل ومن منافع كل الأرض، وتكون التسمية فاسدة.

١ ـ كذلك الحكم إذا تزوجها بمزارعة أرضه على أن يزرعها ببذرها وعملها فما خرج فهو بينهما نصفان

قال فى المبسوط (٢٢/١٤٤-١٤٥) : «وإذا تزوج الرجل امرأة بمزارعة أرضه هذه السنة على أن يزرعها ببذرها وعملها فما خرج بينهما نصفان فالنكاح جائز والمزارعة فاسدة لاشتراط أحد العاقدين فى الأجر.

والمزارعة كالبيع تبطل بالشرط الفاسد والنكاح لا يبطل هكذا. قال إبراهيم : النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع.

وعلى قول أبى يوسف التسمية صحيحة وصداقها أجر مثل نصف الأرض

وعلى قول محمد ـ رحمه الله ـ التسمية فاسدة ولها مهر مثلها إلا أن يجاوز ذلك بأجر مثل جميع الأرض، فحينئذ لها أجر مثل جميع الأرض...»

راجع للمسألة المبسوط ٢٣/١٤٦، ٢٣/١٤٤-١٤٥

فان سلم الأرض لها فالخارج لها وعليها لصاحب الأرض أجر مثل الأرض ولها على الزوج الأقل من مهر المثل من أجر مثل الأرض، فيلتقيان قصاصا ويرد عن الزيادة على الزوج أن انتقص مهر المثل.

وذهب إلى ان النكاح وقع على منافع الأرض ؛ فإنه لو لم يشترط عليها رد نصف الخارج كانت التسمية صحيحة، ولم يكن ههنا مزارعة، فصار رد نصف الخارج عليها، ورد شيء من مالها على الزوج فيصير ما سمى الزوج لها والمنافع بإزاء البضع وبإزاء الزيادة التي ترد من مالها.

ثم تلك الزيادة غير معلومة، بل معدومة قد توجد وقد لا، ويقل ويكثر ؛ لأن الأرض ربما لا تخرج شيئا، ولا يمكن اعتبار تلك الزيادة بقسمة المسمى عليها وعلى البضع، فتبقى معتبرة من حيث أنها تفسد التسمية بإزاء البضع كما إذا تزوجها على ألف درهم وكرامتها للزوج بمال من عندها، فإن الألف يكون مهرا ولكن على سبيل الفساد ؛ لأنه جعلها بإزاء البضع والكرامة معدومة قد توجد وقد لا وتقل وتكثر، ولا يمكن اعتبارها بقسمة الألف عليها وعلى البضع، وإنما اعتبرت مفسدة للتسمية، فكذلك ههنا.

وأبو يوسف يقول : الزوج جمع بين المزارعة والنكاح ؛ فإنه لو تزوج أداة على أنه يدفع أرضه إليها ليزرعها ببذرها سنة كانت المنافع كلها مهرا لها ولو دفعها إليه ليزرعها ببذرها على أن الخارج بينهما نصفان كانت مزارعة صحيحة، فإذا جمع العقدين جميعا على المنافع صار نفعها مهرا ونصفها مزارعة على أن الخارج كله لرب الأرض فتكون مزارعة فاسدة وأمهارا صحيحة.

فإن قيل : هذا لا يستقيم إلا بأن يجعل شرط نصف الخارج لرب الأرض من نصف المزارعة والنصف الآخر وما فى الشرط تميز منعين أن يجعل النصف شائعا من جملة الأرض، ولا يمكن إلا ما قاله محمد،

قلنا : ولا يمكن القول بما قاله محمد إلا بأن يجعل كل المنافع مهرا، والرجل أضاف المنافع إلى عقد المزارعة والنكاح هذا عمله التنصف كما إذا أضاف المنافع إلى رجلين باقرار أو بمزارعة تكون نصفين،

فمحمد اعتبر حقيقة شيوع الشرط وترك حقيقة الإضافة فى اصل المنافع إلى العقدين جميعا،

وأبو يوسف اعتبر أصل اضافة المنافع إلى النكاح والمزارعة، وجعل الشرط على نصف المزارعة،

فكان ما قاله أبو يوسف أولى ؛ لأن اعتبار الأصل أولى من اعتبار الشرط إذا لم يمكن الجمع بينهما،

إلا أن محمدا يقول : ليس فى قوله : تزوجتك على أن تزرعى هذه الأرض ببذرك سنة إلا الأمهار لا مزارعة ههنا، ثم قوله : «على أن الخارج بيننا نصفان» احتمل شرط المناصفة بحكم المزارعة فى النصف والرد بحكم كرامة الزوج مع نفسها بإزاء المهر فلا يبطل الأمهار الثابت قبل هذا الكلام بالشك،

والجواب عنه : إنما يجب هذا أن لو سكت على الكلام الأول وتقرر حكمه، فأما إذا لم يسكت عليه حتى ألحق به هذا الشرط المحتمل صار ما مضى محتملا بين أن يكون مزارعة ومهرا، فلا يصير مهرا بالشك،

ألا ترى أن من قال لفلان : «على ألف إلا مائة وخمسين» لزمه تسع مائة فى أصح الروايات، وجعل الشك فى الاستثناء شكا فى المستثنى منه ؛ لأن الكلام واحد وبين الكلامين تقارب، وقد روى فى مسألة / الاستثناء أنه يلزمه تسع مائة وخمسون درهما، [٥٤٢أ]

والله أعلم

— * —

تم كتـــاب المزارعة

— * * * —

كتاب الوقـــــف

كتـــــــاب الوقف

بسم الله الرحمن الرحيم

للوقف تفسير وشروط وركن وحكم شريعة.

أما تفسيره لغة : فالوقف نظير الحبس من (وقف)(١) الدابة على الطريق إذا منعها عن السير وحبسها(٢) ، والوقف يسمى حبسا شرعا ، ويقال : موقوفة محتسبة، ولا خلاف فيه(٣) .

وفى الشرط والركن والحكم خلاف بين العلماء.

— * —

١ - فى نسخة (ب) : «وقفت»

٢ - ووقفت الدار وقفا : أى حبستها - تسمية بالمصدر - ، وهى موقوفة.
والجمع : أوقاف.
قال فى المغرب (٣١٦/٢) : «وقيل للموقوف : وقف ، تسمية بالمصدر، لذا جمع على أوقاف كوقت وأوقات»
(راجع للمعنى اللغوى الصحاح ١٤٤٠/٤ والمصباح المنير ٦٦٩/٢ والمغرب ٣٦٦/٢)

٣ - المؤلف - رحمه الله - ذكر من التعريف ما هو المتفق عليه ولم يدخل الخلاف، وأخر ذلك الى ما تأتى من المسائل من ثمرة الخلاف.
والوقف عند أبى حنيفة : هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة.
(الهداية ٤١٩/٥ والبحر الرائق ١٨٧/٥ وملتقى الأبحر ٣٩٩/١)
وهو بذلك التعريف ينزل منزلة العارية فيجوز له بيعه والتصرفات فيه، أو بلفظ آخر : يكون نذرا بالتصدق بغلة الموقوف ومنافعه.
وعند أبى يوسف ومحمد : هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى.
(الهداية ٤١٩/٥ والبحر الرائق ١٨٧/٥)
فبذلك يزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود المنفعة إلى العباد، فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث، وهو قول الجمهور.
(راجع أحكام الأوقاف للخصاف ص :١٨ وتحفة الفقهاء ٣٧٥/٢-٣٧٧، وبدائع الصنائع ٢١٨/٦، ٢١٩ والهداية ٤١٩/٥ والبحر الرائق ١٨٧/٥ والمنتقى للباجى ١٢٠/٦ والقوانين الفقهية ص : ٢٤٣ والمهذب ٤٤٨/١، ٤٤٩ ونهاية المحتاج ٣٥٩/٥، ٣٧١، ٣٨٨ وكشاف القناع ٢٤٠/٤-٢٤١ والمبدع ٣١٣/٥ والمغنى للابن قدامة ٥٩٧/٥ وغاية المنتهى ٢٨٩/٢)

فصـــل الشرط

(مسألة)(١)

[الخلاف فى اشتراط أن يكون الوقف موصى به]

قال أبو حنيفة وعامة أصحابه : إن من شرط الوقف أن يكون موصى به(٢) وإذا لم يكن موصى به لا يلزمه، وللمالك أن يبيعه ويورث عنه.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وعامة الفقهاء : الإضافة الى الموت ليس بشرط.(٣)

وأحتج محمد بن الحسن بحديث عمر : أنه أصاب مالا نفيسا كان عنده، فسأل النبى عليه السلام عن التصدق به.

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - وذلك بناء على رواية الطحاوى عنه. قال رحمه الله فى مختصره (ص :١٣٦) «ولا يجوز تحبيس الرجل داره وأرضه ولا وقفه لهما ولا صدقته لهما وإن جعل آخرها لله عز وجل فى قول أبي حنيفة - رضى الله عنه - إلا أن يكون فعل ذلك فى مرضه الذى مات فيه فيخرج مخرج الوصايا، ويجوز كما تجوز الوصايا.

وقد روى عن محمد بن الحسن عن أبى حنيفة أن ذلك لا يجوز منه فى مرضه كما لايجوز منه فى صحته، وأنه لا يخرج مخرج الوصايا، وهو الصحيح على اصوله»

(راجع أيضا بدائع الصنائع ٢١٨/٦ والهداية ٤٢٣/٥ وفتح القدير لابن الهمام ٤٢٣/٥)

٣ - أى أنه جائز فى الصحة والمرض. إلا أنه إذا وقف فى مرضه فهو يعتبر من الثلث لتعلق حق الورثة بخلاف الوقف فى الصحة فهو من جميع المال. (بدائع الصنائع ٢١٨/٦ والهداية ٤٢٣/٥-٤٢٤) والمغنى لابن قدامة ٦٢٧/٥)

يرجع للمسألة إلى مختصر الطحاوى ص : ١٣٦ وبدائع الصنائع ٢١٨/٦ والهداية ٤٢٣/٥-٤٢٤ والمنتقى للباجى ١٢٢/٦ والمهذب ٤٤٩/١ وروضة الطالبين ٣١٤/٥، ٣٢٢،٣٢٤،٣٢٧ ونهاية المحتاج ٣٥٩/٥، كشاف القناع ٢٩٢/٤ والمبدع ٣٥٢/٥ والمغنى لابن قدامة ٦٠٠/٥، ٦٢٧)

فقال : «تصدق بأصله لايباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق من ثمرته»(١)

ولم يشترط وصية بعد الموت، وكان على تصدق وقفا محتسبا.

وكذلك الزبير - رضى الله عنه - وقف داره وشرط للمردودة من بناته(٢) .

وكذلك كبار الصحابة - رضى الله عنهم - منها ما رواه الخصاف(٣)

١ - الحديث : متفق عليه عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما،
وهو عند البخارى - فى كتاب الشروط / باب الشروط فى الوقف (١١/٢٥٣-٢٥٤)
وفى كتاب الوصايا / باب وما للوصى أن يعمل فى مال اليتيم... (١١/٢٩٤) وفى باب الوقف كيف يكتب (١١/٣٠٣)
وعند مسلم - فى كتاب الوصية / باب الوقف (٣/١٢٥٥)
ولفظ البخارى فى الوصايا (١١/٢٩٤) : «عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما : أن عمر تصدق بمال له على عهد رسول الله ﷺ وكان يقال له ثمغ وكان نخلا، فقال عمر : يا رسول الله إنى استفدت مالا وهو عندى نفيس فأردت أن أتصدق به،
فقال النبى ﷺ : «تصدق بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمره»
فتصدق به عمر، فصدقته ذلك فى سبيل الله وفى الرقاب والمساكين والضيف وابن السبيل ولذى القربى، ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف،أو يوكل صديقه غير متمول به»

٢ - أثر الزبير - رضى الله عنه : رواه إبراهيم الحربى فى كتابه غريب الحديث بطريق هشام بن عروة عن أبيه قال : «أن الزبير بن العرام وقف دارا له على المردودة من بناته»
وقال : المردودة : هى المطلقة والفاقد التى مات زوجها. (ذكره فى نصب الراية ٣/٤٧٨، وذكره البخارى تعليقا فى كتاب الوصايا / باب إذا وقف أرضا أو بئرا... ١١/٣٠٧)

٣ - الخصاف : هو أحمد بن عمر بن مهير الشيبانى، الإمام أبوبكر المشهور بالخصاف، وقيل : اسم أبيه عمر واسم جده مهران،
كان إماما فاضلا فارضا حاسبا فقيها عارفا بمذهب أصحابه وكان زاهدا ورعا يأكل من كسب يده،
وكان مقدما عند الخليفة المهتدى بالله وصنف له كتابه فى «الخراج» فلما قتل المهتدى نهب الخصاف وذهب بعض كتبه، ومن جملتها كتاب فى المناسك ولم يكن خرج للناس،
توفى - رحمه الله - ببغداد سنة إحدى وستين ومائتين،
وله تصانيف كثيرة منها : أدب القاضى، وأحكام الأوقاف، كتاب الوصايا كتاب الشروط الكبير والشروط الصغير وكتاب الرضاع وكتاب الحيل وكتاب النفقات على الأقارب،
(الجواهر المضية ١/٢٣٠-٢٣٢، والفوائد البهية ص : ٢٩ والأعلام ١/١٨٥)

ومنها ما رواه هلال الرازى(١) فى وقفه(٢) ، ومنها ما رواه محمد بن الحسن.

وقد ظهر الوقف المؤبد فى الاسلام من الصدر الأول والآخر بلا شرط وصيته ظهورا لا يمكن إنكاره.

وقال عليه السلام لعمر وكان طلب الزكاة من دروع لخالد بن الوليد : «أما خالد فقد حبس دروعه فى سبيل الله.»(٣)

١ - سبق ذكره وترجمته فى ١/ ٢١٤

٢ - راجع للروايات أحكام الأوقاف للخصاف (ص :١-١٧)، وأحكام الوقف لهلال الرازى(ص:٦-٧)

ذكر الخصاف رحمه الله فى كتابه حبس أبى بكر رض الله عنه رباعا كانت بمكة (ص :٥) وعمر رضى الله عنه أرضا بخيبر (ص : ٥-٧) وصدقه عثمان رضى الله عنه فى أمواله على صدقة عمر رضى الله عنه وصدقة ماله بخيبر (ص : ٩) وصدقة على بن أبي طالب رضى الله عنه الأرض التى قطع له عمر بينبع على الفقراء والمساكين وفى سبيل الله القريب والبعيد فى السلم والحرب يوم تبيض وجوه وتسود وجوه ليصرف الله النار عن وجهه، وبلغ جذاذها فى زمن على ألف وسق. (ص : ٩-١٠) وكثير من غيرهم رضوان الله عليهم أجمعين كالزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة أم المؤمنين واسماء بنت أبى بكر وأم حبيبة وصفية زوجتا رسول الله ﷺ وسعد بن أبى وقاص وخالد بن الوليد...

وجاء فى كتاب هلال الرأى ذكر وقف عمر وعلى والزبير وحديث عثمان فى بئر رومة، ثم قال : «وقوف أصحاب رسول الله ﷺ إلى اليوم على هذا هى أوضح من هذه، وهذه أخبار متواترة لا يجوز ردها.

٣ - الحديث : متفق عليه عن أبى هريرة رضى الله عنه.

وهو عند البخارى - فى كتاب الزكاة / باب قول الله تعالى : ﴿وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله...﴾ (التوبة -٦٠) (٧/٣٠٠-٣١١)

وعند مسلم - فى كتاب الزكاة / باب فى تقديم الزكاة ومنعها (٢/٦٧٦-٦٧٧)

ولفظ مسلم : «عن أبى هريرة، قال : بعث رسول الله ﷺ عمر على الصدقة.

فقيل : منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس عم رسول الله ﷺ.

فقال رسول الله ﷺ : «ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيرا فأغناه الله، وأما خالد - فإنكم تظلمون خالدا، قد احتبس أدراعه وأعتاده فى سبيل الله وأما العباس، فهى على ومثلها معها.»

ثم قال : «يا عمر! أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه»

وعن كبار الصحابة : «لاحبس إلا فى كراع أو سلاح»(١)

والمعنى فيه : ما احتج محمد فى الأصل أنا (أجمعنا)(٢) أن جعل الأرض مسجدا يصح، وتخرج الأرض عن ملك صاحبها وتبقى محبوسة لله تعالى لا تباع ولا توهب ولا تورث لقربة تقام فيها، وهى الصلاة.

وكذلك الله تعالى استبقى لنفسه الكعبة خالصة لا تباع ولا تملك بوجه لتعلق الحج به والصلوات فى اليوم.

فكذلك إذا جعلت الأرض صدقة موقوفة قد جعلت لله موقوفة لا تباع ولا تملك بوجه لقربة تعلق بها، وهو دفن الموتى أو نزول الحاج أو صرف غلتها إلى الفقراء أو القرابة ، او وجه من وجوه القرب فى الاسلام فيزول الملك (عن المالك)(٣) إلى الله لا يملك بوجه، ويقام بملك القربة بها.

قال: وهذا أولى؛ لأن المسجد إذا حول إلى الملك وجد المصلى مسجدا آخر وتيسر عليه ذلك ولا يتيسر عليه موضع النزول واصابة الغور(٤) مثل تيسيره، ولأن

١ - ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه - فى كتاب البيوع / باب فى الرجل يجعل الشىء حبسا فى سبيل الله (٣٤٩/٤) موقوفا على على رضى الله عنه قال : حدثنا هشيم عن إسماعيل بن ابى خالد عن الشعبى قال : قال على : «لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع»

وموقوفا على عبدالله بن مسعود (٤٥٠/٤) بلفظ : «لاحبس إلا فى كراع أو سلاح»

والكراع : جماعة الخيل وقد يستعمل أيضا للإبل كما استعمل فى ذوات الحافر.

(الصحاح ١٢٧٦/٣ ولسان العرب ٣٠٦/٨ والمصباح المنير ٥٣١/٢)

٢ - فى نسخة (ب) : «جمعنا»

٣ - فى نسخة (أ) و (ب) : «عن الله» والإثبات من نسخة (ج)

٤ - الغور : المطمئن من الأرض

(لسان العرب ٣٥/٥ والمصباح المنير ٤٥٦/٢)

المسجد تقام فيه القربة، فكان مكانا لإقامة القربة، والأرض تستنزل منها فكان تعلق القربة بها أكثر.

ولا يلزم وقف المنقولات ؛ لأنا اعتبرنا بما وجدناه من جنس المال محبوسا لله، وإنما وجدنا ذلك فى الكعبة والمساجد ومن حبس العقارات التى تتأبد وتبقى ولم نجد من حبس ما يعين وينقل من جنس المال محبوسا لله عن ملك الناس لقربة تعلقت به.

فإن قلتم : بأى دليل أزلتم الملك عن صاحبه، ولفظ الوقف للمنع لا للإزالة؟

قلنا : لكم هذا ضعيف ؛ لأنه لو قال : «تصدقت بهذه الأرض موقوفة» لم تجيزوه ؟ وفى لفظ «الصدقة» ما يوجب الإزالة. وكذلك لفظ الوقف ؛ لأن تفسيره عند أهلها : جعل لله موقوفة عن الناس. فالوقف للمنع عن التملك والإزالة لمقتضى هذه اللفظة كما قيل فى قوله : إعتق عبدك عنى بألف.» (فقال)(١) : «اعتقت» ثبت الشراء أولا بمقتضى هذا اللفظ.

فثبت أن المنع بسبب اللفظ، ففى الألفاظ متسع. وإنما أفسده من لم يجز الوقف لما أن المال لا يجوز أن يبقى محبوسا عن الملك، وقد شرع الله تعالى الحبس بالمساجد فلم يكن منكرا. بل الله لما خلق لنا ما فى الأرض جميعا، والأرض كلها جعلت عامتها عرضة للتملك (بالأسباب)(٢) ، والبعض محبوسة عن الملك لقربة وضرب منفعة تعود إليهم ليكون الكل مخلوقة لهم بعضها لمنافع الدنيا وبعضها للثواب، فيكون أجمع لوجه المنافع الآجلة والعاجلة، أليس الوقف الموصى

١ - فى نسخة (ب) : «وقال»

٢ - فى نسخة (ب) : «بالأسباب عامتها»

به يجوز ؟ والرقبة لا يبقى مملوكة لأحد من الناس، فالورثة لا يرثونها والموقوف عليهم ما شرط لهم إلا العلة، فأى فرق بين حال الممات والحياة؟

بل لما قيل : هذا المال الوقف متعلقا بشرط الموت فمرسلا للحال أولى ؛ لأن فى التعليق ضربا من الغرور، فإن كثيرا من التصرفات يصح مرسلا ويبطل معلقا بشرط، ولا تجد تصرفا يصح معلقا ولا يصح مرسلا،

فإن قلتم : الوصية بالغلة المعدومة تجوز، ولا تجوز مرسلة،

قلنا : لكم التعليل وقع بجنس المال، وذلك المال الذى يصح تملكيه بالوصية يقبل التمليك والهبة للحال، لكن بشرطه، فمن شرط الإرسال قيام المحل للحال، ولا يشترط للوصية ذلك، وأنتم أبيتم صحة الوقف مرسلا مع قيام شرط الوجود، ولكن قلتم لما كان الموت مزيلا بنفسه : صح المنع عن الورثة بالوقف، ولم يصح ابتداء للإزالة بالوقف، ونحن ما (أزلناه)(١) بحقيقة لفظ الوقف بل بالصدقة إذا قال : «تصدقت بهذه الأرض على أن يقف أصلها وتسبل ثمرتها» فإن لم يأت بلفظ الصدقة أزلناه بمقتضى لفظ الوقف على ما مر،

فإن قلتم : الوقف تصدق بالغلة بدليل أن الغلة تصرف الى مصارفها بشرط الواقف، ولو خرج عن ملكه الأصل لما صح شرط فى الغلة، كما إذا أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته إلى كذا، أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان/ أو وهب بشرط أن لايباع، والتصدق بالغلة المعدومة لايجوز إلا أن يكون وصية، [٥٤٢ب]

١ ـ فى نسخة (ب) : «ألزمناه»

قلنا : إنا وجدنا القربان يصير لله بالإراقة ثم صاحبه يتصرف فيه بأكل ويطعم غيره ويتصدق به وحاول بما ينتفع به فى بيته بتولية الشرع لكونه هو المقرب به، فكان جائزا أن يكون إلى الواقف.

ولأن بيان المصارف بكونه هو الواقف (به)(١) والمتقرب به لا ببقاء الأصل على ملكه بخلاف العتق ؛ لأن العبد يصير مستحقا لنفسه ومالكا لمنافعه، فلا يعمل فيه تصرف غيره، وكذلك الهبة، إنما وجدنا هذه الولاية فيما يصير لله (ولو كان)(٢) مالا متقوما.

وكذلك المسجد الذى هو أصل من الكعبة، والمسجد الحرام كان سواء العاكف فيه والبادى(٣) فعلمنا أن الله تعالى لم يؤل التخصيص إلى الذى جعله مسجدا وألحقه بالمسجد الحرام والكعبة.

ولأن المسجد يبنى للصلاة، وهو حق الله على عباده ؛ فلم يصح شرط تخصيص أداء الصلاة لقوم دون قوم ؛ لأنه تصرف على الله - سبحانه تعالى - فى أن لايؤدى فيه حقه، وإنه باطل ؛ لأن البقعة صارت لله - سبحانه وتعالى - كما بطل فى العتق ؛ لأن الشرط على العتيق والحق صار له، وكذلك على الموهوب له.

فأما الموقوف فإنما صحت بقرب يصرف إلى الناس ويكون حقا لهم نحو السكنى والسقاية والصدقة بالغلة، فلم يكن فى تخصيص بعضهم شرطا على المستحق، فالمستحق هو الله سبحانه وتعالى، بل كان تخصيصا لمن يصرف إليه

١ - غير موجود فى نسخة (أ)

٢ - فى نسخة (أ) : «وكان»

٣ - لقوله عز وجل : ﴿ إن الذين كفروا ويصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام الذى جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد، ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم، وإذ بوّأنا لإبراهيم مكان البيت أن لا تشرك بى شيئا وطهر بيتى للطائفين والقائمين والركع السجود﴾ (سورة الحج - ٢٥، ٢٦)

من جهة المستحق، وإنه جائز بإذن المستحق، وكان هذا نظير القربان الذى صار لله، ثم للمضحى أن يخص من شاء ؛ لأنه صرف إلى غير المستحق بإذن المستحق.

وكذلك الصدقات يأخذها الإمام فتخرج عن أملاك أربابها، ولا تصير ملكا للفقراء (والإمام نائب عن الله بدليل : أنه لو عجل إلى الإمام ثم ملك المال قبل الحول استرد من الإمام، ولو عجل إلى الفقير)(١) (أو)(٢) وكيله، أو صرف الإمام إلى الفقير لم يملك المال مضت الصدقة للفقير، ولا يجوز الاسترداد.

فثبت أن الإمام يأخذها لله - سبحانه - ثم يصرفها إلى من شاء من الفقراء بتدبيره بإذن الله - سبحانه وتعالى - ، ولا تدبير للإمام فى باب المصلين فى المساجد.

فإن قلتم : إن هذا التدبير فيما ذكرتم فى التسليم إليهم لا فى بيان المصرف، وأنتم جوزتم شرط الواقف فى بيان المصرف، وإنما يجوز ذلك بحق الملك لا غير.

قلنا : إن الله تعالى تولى بيان مصارف الصدقات وبيان مصارف الأضاحى، فعلم أنه لو ترك ذلك وصح منا فيما يقول الله - سبحانه وتعالى - بيانه من الحرمات، والإعطاء بالتسليم (وإن كان)(٣) الحق لله - سبحانه وتعالى -، فجاز مثله فى مسألتنا فيما صار لله - سبحانه وتعالى - من النفقة لقربة تعلقت بمنافعها، (وعلمنا)(٤) أنه يتولى بيان المصارف، فإن الله تعالى لم يبينها، وإنما هو شىء جعله العبد من عند نفسه تطوعامن غير إيجاب سبق على أنا إنما أطلقنا له ذلك

١ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

٢ ـ فى نسخة (ب) : «و»

٣ ـ فى نسخة (ب) : «وإن»

٤ ـ فى نسخة (ب) : «وعلمنا وعلتها»

بالأخبار، وبها عرفنا الإذن من الله تعالى، ولكن بعد أن عرفنا بالنص ، كلمناكم فى أنه على موافقة القياس على الأصول الثابتة، وهو التصرف فى حق الله - سبحانه وتعالى - المحمل مصرفه لا ملك نفسه وإصابة الولاية من جهة أنه هو المتقرب.

فان قلتم : لو وقف ولم يبين المصارف ثم أراد أن يبين لم يقدر. ولو ثبتت الولاية بحكم أنه هو الواقف لملك بعد السكوت على مطلقه كما فى الأضحية، ومال الصدقات للإمام.

قلنا لكم: إنما نحن نثبت الولاية بالنيابة عن الله فيما وقف (عن ملك)(١) الناس من رقبة الأرض بحق أنه واقف فيما لم يتول الله - سبحانه وتعالى - بيان مصرفه. والوقف المطلق وقف على سبيل الصدقة على قول مجيزه مطلقا، والصدقة المطلقة مصرفها أهل الصدقات الثابت بكتاب الله تعالى(٢) ، فلا يبقى للواقف بيان ذلك.

فأما حين ما يقف فماله مصرف عين شرعا، فكان إليه البيان بتولية من الله - سبحانه وتعالى - بحق أنه واقف كما ملك التعيين فى الإعطاء فى باب الأضحية والصدقة ؛ لأن الله تعالى ما عين. فثبتت الولاية له بحكم أن هو الفاعل وصاحب المال فى الأصل. فهذا سر المسألة. فإن من لم يجز الوقف لم يجزه ؛ لأن الأصل بهذه (اللفظة)(٣) لا يخرج عن ملكه. وإنما هو صدقة منه بالغلة ابتداء وهبة بدليل

١ - فى نسخة (ب) : «عن ملكه»

٢ - قال عز وجل : ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله. والله عليم حكيم﴾ (سورة التوبة - ٦٠)

٣ - فى نسخة (ب) : «اللقطة»

أن شروطه معتبرة، والصدقة بالغلة أو الهبة لا تصح إلا موصى بها، وإنه لا يوجد فى مال الله تعالى أن يكون بيان المصرف إلى العباد إلا فى الوقف خاصة، والانفصال لمجيزى الوقف ما قلناه بعد شيوع الأخبار والآثار من الصحابة والسلف - رضى الله عنهم -.

وأما الذين شرطوا الوصية فاحتجوا بما روى عن عكرمة عن ابن عباس عن النبى ﷺ : «لاحبس عن فرائض الله بعد نزول سورة النساء»(١) أى بعد نزول آية المواريث إلا أن فى آية المواريث (أن الميراث)(٢) بعد الوصية والدين(٣) فيبقى الحبس بالوصية مشروعا بآية المواريث وانتسخ بغير الوصية والدين.

وقال شريح : «جاء محمد ببيع الحبيس»(٤) والحبس فى الاسلام هو الوقف،

١ - الحديث : أخرجه الدار قطنى فى سننه - فى كتاب الفرائض (٩٨/٤) بطريقين، كأن المؤلف رحمه الله مزج الروايتين فى هذا الحديث،
الرواية الأولى بطريق عبدالله بن محمد بن عبدالعزيز حدثنا كامل بن طلحة حدثنا ابن لهيعة حدثنا عيسى بن لهيعة عن عكرمة عن ابن عباس يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول بعد ما أنزلت سورة النساء، وفرض فيها الفرائض ، يقول : «لاحبس بعد سورة النساء»
والثانية بطريق عبيدالله بن عبدالصمد بن المهتدى بالله حدثنا محمد بن عبدالرحيم بن موسى الصدفى بمصر حدثنا عمرو بن خالد حدثنا ابن لهيعة عن أخيه عيسى بن لهيعة عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : «لاحبس عن فرائض الله عز وجل»
وقال الدار قطنى : «لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان»
وأخرجه - أيضا - البيهقى فى سننه - فى كتاب الوقف / باب من قال : «لاحبس عن فرائض الله (١٦٢/٦) بطريق ابن لهيعة عن أخيه،

٢ - غير موجود فى نسخة (ب)

٣ - راجع سورة النساء الآية : ١١ و ١٢

٤ - رواه ابن أبي شيبة فى مصنفه - فى كتاب البيوع / باب فى الرجال يجعل الشىء حبسا فى سبيل الله (٣٥٠/٤) وقال : حدثنا وكيع وابن أبى زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال : «جاء محمد بمنع الحبس»
وأخرجه البهقى - فى كتاب الوقف / باب من قال : لاحبس عن فرائض الله عز وجل (١٦٣/٦)

أو يقال : (إنه)(١) لا تفصيل فى الحديث.

وعن على وعبدالله بن مسعود : «لاحبس إلا فى سلاح أو كراع.»(٢)

وقال عليه السلام : «إنا معشر الأنبياء لا نورث . ما تركنا صدقة.»(٣) أى لا نورث صدقاتنا، لا أنه لا يورث أملاكهم التى ليست بوقف. فإن الله تعالى يقول : ﴿وورث سليمان داود﴾(٤) .

وقال زكريا عليه السلام : ﴿ هب لى من لدنك وليا يرثنى ويرث....﴾(٥)

وفاطمة خاصمت إلى أبى بكر فى فدك(٦) ، واستـــمع أبـــوبكر إلى

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٢ ـ سبق ذكره فى ص : ٣٠٤

٣ ـ الحديث :

أخرجه البخارى فى مواضع منها ما فى كتاب الخمس / باب فرض الخمس وقصة فدك (١٢/١٥٨-١٥٩) (١٢/١٥٥)

وكتاب الفرائض / باب قول النبى ﷺ : «لانورث ما تركنا صدقة (١٩/٢٠٨،٢٠٩،٢١١)

وأخرجه مسلم فى كتاب الجهاد / باب حكم الفىء (٣/١٣٧٧،١٣٧٩) وباب قول النبى ﷺ : «لا نورث ما تركنا فهو صدقة» (٣/١٣٧٩-١٣٨٣)

وللحديث طرق وألفاظ.

٤ ـ سورة النمل -١٦

٥ ـ سورة مريم - ٥-٦، والآيتان بكاملهما والآية الكريمة قبلهما :

﴿قال رب إنى وهن العظم منى واشتعل الرأس شيبا ولم أكن بدعائك رب شقيا. وإنى خفت الموالى من وراءى وكانت امرأتى عاقرا. فهب لى من لدنك وليا. يرثنى ويرث من ءال يعقوب. واجعله رب رضيا﴾

٦ ـ فدك : قرية بخيبر فيها عين ونخل أفاءها الله على رسوله ﷺ . (لسان العرب ١٠/٤٧٣ عمدة القارى ١٢/١٥٧)

قال ابن هشام فى سيرته (٢/٣٥٣) : «قال أبو إسحاق : فلما فرغ رسول الله ﷺ من خيبر، فبعثوا الى رسول الله ﷺ يصالحونه على النصف من فدك. فقدمت عليه رسلهم بخيبر أو بالطريق أو بعد ما قدم المدينة، فقبل ذلك منهم.

فكانت فدك لرسول الله ﷺ خالصة ؛ لأنه لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب.»

خصومتها(١) ، ولو كان النبى ﷺ لا يورث أصلا لما صحت الدعوى.

وتوفى رسول الله ﷺ - ودرعه مرهونة(٢) ، ولو كان يصير صدقة لبطل الرهن.

والمعنى ما مر - : أن الوقف تصدق بالغلة لا بالأصل. قد ذكرنا الإشكال عليه للخصوم ووجه الانفصال.

وأما الأخبار فوردت فى الحبس / وبلفظ ملطق الحبس لا يصح الوقف فى [٥٤٣أ] قولهم جميعا.

١ - راجع لقصة مخاصمة فاطمة رضى الله عنها إلى أبى بكر رضى الله عنه فى فدك مراجع تخريج الحديث السابق، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : «لا نورث ما تركناه صدقة»

قال فى رواية البخارى (١٢/١٥٥) بسنده عن عروة بن الزبير أن عائشة أم المؤمنين - رضى الله عنها - أخبرته أن فاطمة عليها السلام - ابنة رسول الله ﷺ سألت أبابكر الصديق بعد وفاة رسول الله ﷺ أن يقسم لها ميراثها : ما ترك رسول الله ﷺ مما أفاء الله عليه فقال لها أبوبكر : إن رسول الله ﷺ قال : «لا نورث، ما تركنا صدقة»

فغضبت فاطمة بنت رسول الله ﷺ فهجرت أبابكر فلم تزل مهاجرته حتى توفيت، وعاشت بعد رسول الله ﷺ ستة أشهر.

قالت : وكانت فاطمة تسأل أبابكر نصيبها مما ترك رسول الله ﷺ من خيبر وفدك وصدقته بالمدينة، فأبى ابوبكر عليها ذلك وقال : لست تاركا شيئا كان رسول الله ﷺ يعمل به إلا عملت به، فإنى أخشى إن تركت شيئا من أمره أن أزيغ»»

٢ - الرواية :

أخرجه الترمذى فى البيوع / باب ما جاء فى الرخصة فى الشراء إلى الأجل (٣/٥١٩) عن عكرمة عن ابن عباس قال : «توفى النبى ﷺ ودرعه مرهونة بعشرين صاعا من طعام أخذه لأهله»

وقال : «هذا حديث حسن صحيح»

وابن ماجة - فى كتاب الرهون (٢/٨١٥)، «وقال فى الزوائد : «إسناده صحيح ورجاله ثقات»

ولأن الحبس عن فرائض الله حبس بمال الميت عن الإرث ، وإنه باطل . والوقف ليس بحبس عن الفرائض ؛ لأنها فى مال الميت، وهو خرج من ماله بالوقف كما يخرج بالإعتاق والصدقة الممضاة.

فثبت أن المراد به أنواع حبس عن الإرث بقصده الجهاد لا على سبيل الشرع.

والله أعلم.

— * —

مسـألة

[الخلاف فى حكم وقف المنقول]

قال عامة العلماء مجيزى الوقف أن من شرطه أن يكون المحل عقارا أو دارا، ولا يصح وقف المنقول إلا فى الكراع والسلاح بالأثر بخلاف القياس(١) ؛ لأن الأصل فى الأموال أنها خلقت مملوكة لبنى آدم، وكان ينبغى أن لا تقبل التعطيل على ملكهم، إلا أن الشرع عطل ملكنا عن المساجد لقربة تعلقت بها عائد نفعها إلينا من حيث الثواب، فجوزنا مثله فى وقف الآراضى التى هى حبس المساجد، وعلمنا أنها إنما جوز كذلك فيما يبقى ويتأبد.

فأما الأموال المنقولة، فما وجدنا فيما أوجب الله إلا قربة تقع بتمليك الفقراء، فلم يجز على سبيل التعطيل إلا (تبعا)(٢) كوقف قرية بثيرانها وعبيد (يعملون)(٣) فيها ؛ لأن المنقولة تصير وقفا تبعا لعمارة الوقف، فالوقف لابد فيه من العمارة، وهذا كما لا يستحق بالإجارة الأعيان إلا تبعا للمنافع كالحبر فى الوراقة والخيط فى الخياطة ونحوها.

فالأصل فى إيجاب العبيد من القرب من عندهم مما لا نجد فيه نصا أن نعتبر بما أوجبه الله. ومن أجازه قاسه على العقار والسلاح والكراع، عندنا ذلك بخلاف القياس. وروينا عن على وعبدالله بن مسعود وأنهما قالا : لاحبس إلا فى سلاح أو كراع(٤)

— * —

١ ـ سبق ذكر الآثر فى ص : ٣٠٤ ـ ٣١١.
يرجع للمسالة إلى بدائع الصنائع ٢٢٠/٦، والهداية ٤٢٩/٥-٤٣٢ والبحر الرائق ٢٠٠/٥ والمنتقى للباجى ١٢٢/٦ وروضة الطالبين ٣١٤/٥ ونهاية المحتاج ٣٥٨/٥، ٣٦٢ وكشاف القناع ٢٤٣/٤ والمبدع ٣١٥/٥، ٣١٦، والمغنى لابن قدامة ٦٤٢/٥

٢ ـ فى نسخة (ب) : «ببقاء»

٣ ـ فى نسخة (ب) : «يعلمون»

٤ ـ سبق ذكره فى ص : ٣٠٤

مسـألة

[الخلاف فى حكم وقف شرط الواقف لنفسه شيئا]

ومن شرط الوقف عند محمد وهلال الرازى :أن لا يشترط الواقف لنفسه شيئا؟

وقال أبو يوسف : الوقف صحيح مع شرط الواقف لنفسه(٢)

وكذلك إذا شرط الكل لنفسه ثم للفقراء ينبغى أن يكون على هذا الاختلاف(٣) ، (وهكذا ذكره أبو جعفر الهندوانى،(٤)

وأصل الكلام فيما إذا شرط الكل لنفسه ثم للفقراء)(٥) ؛ لأن محمدا يقول : إذا شرط البعض لنفسه فلم يصح فيه فيبطل كله ؛ لأن الباقى يصير مشاعا، ووقف المشاع باطل على أصله(٦) ، وكان كالصدقة الخاصة إذا استثنى البعض لنفسه،

١ - راجع أحكام الوقف لهلال الرأى ص : ٧٠ وما بعدها، تحفة الفقهاء ٣٧٧/٣ وفتح القدير لابن الهمام ٤٣٧/٥

٢ - يرجع إلى بدائع الصنائع ٢٢٠/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٤٣٧/٥، والبحر الرائق ٢٢٠/٥

٣ - راجع المصادر السابقة

٤ - هو محمد بن عبدالله بن محمد بن عمر، أبو جعفر الفقيه البلخى الهندوانى شيخ كبير وإمام جليل القدر من أهل بلخ، كان على جانب عظيم من الفقه والذكاء والزهد والورع، كان يقال له أبو حنيفة الصغير لفقهه،

حدث ببلخ وما وراء النهر وأفتى بالمشكلات وشرح المعضلات وكشف الغوامض تفقه على أبى بكر الأعمش عن ابى بكر الإسكاف عن محمد بن سلمة عن ابى سليمان عن محمد عن أبى حنيفة، وتفقه عليه نصر بن محمد أبو الليث الفقيه وجماعة كثيرة،

مات ببخارى سنة اثنتين وستين وثلاثمائة،

(الجواهر المضية ١٩٢/٣-١٩٤، والفوائد البهية ص : ١٧٩)

٥ - ما بين القوسين ساقط فى نسخة (ب)

٦ - راجع بدائع الصنائع ٢٢٠/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٤٢٥/٥، ويأتى الكلام فى ذلك،

واحتج محمد وهلال الرازى الكلام فيه(١) وجمعت فى حرف وهو : أنه إذا وقف على نفسه فقد عطل الوقف عن جهة القربة للحال، وما صح تعطيل الملك عن العباد إلا للقربة كما فى المسجد، فإذا لم يكن فى الوقت على نفسه قربة متعلقة بالرقبة بطل،

ألا ترى أن القربة فى صرف الخارج إلى وجوه البر، فإذا خلا عنه لم يكن قربة كالصدقة على نفسه لا تكون قربة،

ومن جعله مسألة مبتدأة(٢) احتج بأن إبطال ملك الأرض (لما)(٣) لم يصح إلا لقربة تعلقت بالخارج، فإذا استثنى لنفسه شيئا بطلت القربة فيه فبطل فى الكل كما فى المسجد إذا استثنى من الأرض لنفسه حقا لايكون قربة، فأصل هذه القربة المسجد،

ولأبى يوسف : أن الوقف لإبطال الملك فى الأصل الى الله تعالى - كما فى التضحية، وجعل الأرض مسجدا ولا شرطه فى الإبطال، بل أبطل فى الكل إلى الله - تعالى - لكن الإبطال لا يصح لنفسه، وإنما يصح لقربة تعلقت بصرف الخارج من منفعة أو غلة وتصرف الغلة إلى نفسه جميعها أو بعضها لم يبطل معنى القربة ؛ لأنه من أهل ذلك من غيره، وهذا لما بطل الملك فيه صار خارجا تلك الأرض لله تعالى على الحقيقة، فصار هو وغيره فى ذلك سواء،

١ - راجع أحكام الوقف له ص : ٧٠ وما بعدها،

٢ - راجع فتح القدير لابن الهمام ٤٣٧/٥ والبحر الرائق ٢٢٠/٥

٣ - غير موجود فى نسخة (ب)

الآ ترى لو صرف إليه غيره صح، إنما تفارق هو غيره فى مال نفسه وغلة أرضه، لا فيما يستحق بالشرط، وهذا كالمسجد، فإنه يصلى فيه هو وغيره سواء، وكذلك السقاية والبئر، له أن يستقى منهاكغيره ؛ لأن الاستحقاق ليس بحق الملك، ما فرق بين المسجد والبئر وبين الأرض إلا أن الاستحقاق من الأرض بحق الشرط ولم يصر شرط تشارك الناس، وهذا الفرق ثابت فى حق سائر الأغنياء، فإنه لولا الشرط لكان للفقراء، فأما بعد الشرط فالاستحقاق من ملك الغير من ملك نفسه،

والله أعلم،

— * —

مسـألة

[الخلاف فى وقف المشاع]

ومن شرط الوقف عند محمد أن يكون المحل مقسوما كما فى الهبة(١) وهذا الشرط يبنى على القبض كما فى الهبة على ما نذكره(٢) .

— * * * —

١ - أى فلا يجوز وقف المشاع عند محمد، وعند أبى يوسف : هذا ليس بشرط، ويجوز مقسوما كان أو مشاعا. (بدائع الصنائع ٦/٢٢٠ والهداية ٥/٤٢٥)

٢ - سبق الكلام فى ذلك أيضا فى ص : ٧٧

فصـــــل الركن(١)

[الخلاف فى صيغة الوقف]

قال أبو يوسف : الوقف يتم بقوله : «وقفت أرضى» أو «أرضى هذه موقوفة»(٢)

وقال محمد وهلال الرازى : لايصح(٣) ؛ لأنه مجهول، لايدرى على ما إذا وقف، ومنه ما يصح ومنه ما لايصح فبطل، كما إذا قال : «أرض حبيس» أو : «حبستها»

ولأبى يوسف : أن مطلق الوقف فى تعارف الناس الوقف على جهة القربة والصدقة : فينصرف إليه عند الإطلاق فيصح، كما لو قال : «أرضى وقف صدقة» أو «موقوفة صدقة»، بخلاف الحبيس؛ فإنه لا عرف فيه فلا يتقيد وبقى على حقيقته فصار مجهولا،

ألا ترى أن الوقف فيما بين الناس صار كاسم علم على الصدقة المؤبدة فلا تعتبر حقيقته،(٤)

— * —

١ - أى ركن الوقف: وهو عند الحنفية : الصيغة الدالة على الوقف، قال فى البحر الرائق (١٩٠/٥) : «وأما ركنه : فالألفاظ الخاصة الدالة عليه»

٢ - أى بدون ذكر : «صدقة» وكذا بدون ذكر تعيين الموقوف عليه (منحة الخالق ١٩٠/٥)

٣ - يرجع للمسألة إلى أحكام الوقف لهلال الرأى ص : ٤-٥، وأحكام الأوقاف للخصاف ص : ٣٠-٣١، والبحر الرائق ١٩٠/٥

٤ - قال فى البحر الرائق (١٩٠/٥) : «قال الصدر الشهيد ومشائخ بلخ يفتون بقول أبى يوسف و نحن نفتى بقوله أيضا لمكان العرف»

مسـألة

[تابعة لما قبلها]

وأما إذا قال : «وقفت صدقة» صح عندنا إلا عند بعضهم ؛ فإنه لا يصح حتى يقول : «أبدا»(١) ويذكر جهة قربة لا ينقطع فى الإسلام.

قال : لأن وقف المنقول لم يصح ؛ لأنه لا يتحمل الأبد، فثبت أنه ركن الوقف فيما يحتمله.

والجواب عنه : أن الوقف لما كان للإبطال إلى الله - تعالى - وقع مؤبدا ذكر أو لم يذكر كالإعتاق، وكذلك إن لم يذكر المساكين لأنه لما ذكر الصدقة تعين المساكين مصرفا بنص الكتاب(٢) .

— * —

١ - راجع للمسألة أحكام الأوقاف لهلال الرازى ص: ٦٠٤، ٧ وأحكام الأوقاف للخصاف ص:٢٠، ٣٠ قال الإمام أبوبكر الخصاف فى كتابه (ص :٢٠) : «قلت : فإن لم يقل : أبدا وقال : «قد جعلت أرضى هذه موقوفة لله عز وجل تجعل غلتها للمساكين ؟

قال : قد أجاز هذا بعض الفقهاء وقال : تكون موقوفة تجرى غلتها للمساكين...»

٢ - لقوله عز وجل : ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله، والله عليم حكيم﴾ (سورة التوبة - ٦٠)

مسـألة

[الخلاف فى اشتراط تسليم الموقوف]

قال أبو يوسف : الوقف يصح بلا تسليم.

وقال محمد : تمامه بالقبض(١) كالصدقة. واحتج بأن / الوقف صحته بلفظ [٥٤٩ب] الصدقة إما اقتضاء وإما إفصاحا، وتمام الصدقة بالقبض دل عليه : أن الصدقة الخاصة مجمع عليها. وهذا فيه اختلاف، فلما لم يصح المجمع عليه إلا بالقبض فهذا أولى.

وكذلك المسجد على أصله لا يتم إلا بالتسليم وذلك بالصلاة فيه والخان بالنزول فيه والسقاية بالشرب منها بخلاف الإعتاد ؛ لأن الإنسان فى يد نفسه ومستحق حقوقه. فاذا أبطل الرق جاء اليد والاستحقاق فلم يحتج إلى يد أخرى. ولا كذلك الجمادات ؛ فإنها لا تصلح مستحقة ولا صاحبة يد، فلم تكن يد من يد مستحقة لتخلف الأولى فيبقى محفوظة بالعباد كما خلقت على أى وجه صارت.

ولأبى يوسف : أن هذه الصدقة لما تمت بالإبطال دون التمليك فارقت الصدقة الخاصة وأشبهت الطلاق والعتاق والإبراء عن الدين وعلم أن اليد كانت شرطا لتمام عقد التمليك فلم يجز (قياس)(٢) الإسقاط عليه بل وجب الرد إلى الإسقاطات.

١ - ولذا لا يجوز وقف المشاع عند محمد ويجوز عند أبى يوسف - رحمهما الله.
يرجع للمسألة الى أحكام الأوقاف للخصاف ٢٣٢-٢٣٥ وبدائع الصنائع ٢٢٠/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٤٢٥/٥ والعناية ٤٢٥/٥ والبحر الرائق ١٩٦/٥-١٩٧

٢ - فى نسخة (ب) : «قياسا»

فأما قوله : «فالأموال لا تبقى محفوظة إلا بأيدى العباد فصحيح، وهى محفوظة بيد الواقف إذا لم يعوض الأمر الى متولى.

ومن الناس من احتج بصدقة عمر : أن النبى عليه السلام لم يأمره بالتسليم الى المتولى، لكن عمر سلم إلى حفصة وجعلها متوليا(١) ، فالظاهر أن النبى عليه السلام كان علمه ذلك.

وعن ابن عباس : إذا أعلمت الصدقة جازت، ولن يجوز إلا الوقف.

وشبهة محمد أن الإزالة فى باب الوقف بلفظة الصدقة، والشرع لم يجعل هذا اللفظ عاملا إلا بالقبض.

والجواب عنه : نعم، إذا أريد بالتملك فكذلك، فأما فى الإبطال فيعمل كما إذا تصدق بالدين على غريمه أو وهب.

— * * * —

١ - راجع بدائع الصنائع ٦/٢٢٠

فصـــــل الحكم

قال أبو حنيفة : حكم الوقف حبس الملك على الواقف وسبيل بالثمرة،

وقال أبو يوسف ومحمد وعامة مجيزى الوقف : إن حكمه إبطال ملك الأصل والحبس لله على ما مر(١) ، وصرف الثمرة إلى وجوه القرب المعلومة

وقال الشافعى فى قول : الأرض تصير ملكا للموقوف عليه(٢) ؛ لأنه صدقة عليه لكن بشرط أن لا يباع ولا يوهب ولا يورث،

ولعامة العلماء : أن النبى عليه السلام قال لعمر حين علمه الوقف : «حبس أصله وسبل ثمرته»(٣)

ولأن الأصل لو صار ملكا للموقوف عليه لما صح شرطه كما فى الصدقة الخاصة، وكيف يصح والثمرة بعد ذلك تخرج على ملك المتصدق عليه ؟ وكيف يصح شرطه فى ملكه ؟

فأما الشرط (فى ملك اليد لله تعالى)(٤) فصحيح على سبيل الخلافة عن الله تعالى،

ولأن الوقف ماله أصل إلا المسجد، ولن يصح (إلا بإبطال)(٥) ملكها عنه من كل وجه،

— * —

١ ـ راجع أول كتاب الوقف (ص :٣٠١)

٢ ـ راجع المهذب ٤٤٩/١-٤٥٠، ونهاية المحتاج ٣٨٨/٥، ٣٨٩

قال فى المهذب : «اختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك إليه، فمنهم من قال : ينتقل إلى الله تعالى قولا، وهو الصحيح"

والثانى : أنه ينتقل إلى الموقوف عليه ؛ لأن ما أزال الملك عن العين ولم يزل المالية ينقل الى الآدمى كالصدقة»

٣ ـ راجع لتخريج الحديث ص : ٣٠٢

٤ ـ فى نسخة (أ) : «فى ملك اليد» وفى نسخة (ج) : «فى ملك الله»

٥ ـ فى نسخة (أ) : «الإبطال»

مسـألة

[الخلاف فى حكم الوقف بالخيار]

وأما إذا وقف على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقد روى عن أبى يوسف فى الإملاء : أن الوقف صحيح والشرط صحيح.

وقال هلال الرازى فى وقفه(١) : الوقف باطل والشرط باطل(٢) .

وقال [يوسف](٣) بن خالد السمتى(٤) : الوقف جائز والشرط باطل(٥) .

احتج هلال : بأن الآثار جاءت فى الوقف بأن لايباع ولا يوهب ولا يورث أبدا. وشروط الخيار يناقض هذا الوضع.

ولا يقال بأن الشرط يبطل ؛ لأن شروط الواقف معتبرة فى مصارف الغلة، ففى أصل الوقف أولى بخلاف المسجد فإنه يصح ويبطل الشرط ؛ لأن شرطه لا يصح فيمن يصلى فيه.

١ ـ راجع أحكام الوقف له ص :٨٤

٢ ـ وهو قول محمد والشافعى وأحمد رحمهم الله (راجع فتح القدير لابن الهمام ٤٤١/٥ وروضة الطالبين ٣٢٨/٥-٣٦٩ ونهاية المحتاج ٣٧٦/٥ وكشاف القناع ٢٥١/٤ والمغنى ٦٠٦/٥

٣ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «أبو يوسف» وهو خطأ ظاهر.

٤ ـ يوسف بن خالد بن عمر ، أبو خالد السمتى، كان قديم الصحبة لأبى حنيفة كثير الأخذ عنه. مات سنة تسع وثمانين ومائة فى شهر رجب

وهو عند المحدثين مجروح.

(راجع المضية ٦٢٦/٣-٦٢٨، والفوائد البهية ص : ٢٢٧-٢٢٨)

٥ ـ يرجع للمسألة إلى أحكام الوقف لهلال الرأى ص : ٨٤، وأحكمام الأوقاف للخصاف ص : ١٢٦ وفتح القدير لابن الهمام ٤٤١/٥ والعناية ٤٤١/٥

ووجه ما ذهب (إليه)(١) يوسف بن خالد : أن الوقف مما لايحتمل الفسخ بعد صحته فلا يقبل الخيار ولا يبطل به كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ونحوها٠ بل هذا أولى أن لا يبطل ؛ لأن هذا إسقاط لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والمسجد٠

وكذلك إذا اعتبر بالصدقة الخاصة يبطل الشرط وتصح الصدقة٠

واحتج الفقيه أبو جعفر الهندوانى(٢) : أن الوقف مما يحتمل الفسخ بعد ثبوته فيقبل الخيار٠ وقياسا على البيع والرهن والإبراء عن الدين ؛ فإنه يرتد برد الغريم٠

وإنما قلنا : الوقف يحتمل الفسخ ؛ لأنه يفسخ بحق الشفيع إذا كان اشترى دارا فوقفها٠(٣)

وكذلك المريض إذا وقف وعليه دين يصح ثم يبطل بحق الغرماء بخلاف العتق وما ذكر من العقود، فإنها لا يحتمل الفسخ أصلا٠ والنكاح لا يحتمل (الفسخ)(٤) إلا بخلل وقع فى ولاية العاقد فلم يلتزم وقوعه للخلل فى الولاية٠ فأما بعد النفاذ بتمام الولاية فلا يحتمله - على ما بيناه فى موضعه٠

ولكن يقال : إن الوقف إنما يبطل لخلل فى ولاية الفاعل بحق الغير٠ وكذلك المسجد يبطل بحق الشفعة٠

١ - غير موجود فى نسخة (ب)

٢ - سبق ذكره فى الجزء الأول ص: ٦٤

٣ - راجع أيضا البحر الرائق ٢٤٩/٥

٤ - غير موجود فى نسخة (أ)

قال الفقيه أبو جعفر : ويقال على مذهب محمد : الوقف صحيح والشرط باطل. وإنه أقوى الوجوه اعتبر بالصدقة الخاصة أم بالإبطال. ولأن الخيار ليروى رأيه فى الموافقة ونفى العين عن نفسه، وإنه لا يتصور فى التبرعات.

قال الفقيه أبو جعفر : وإذا كان الخيار مجهولا صح الوقف وبطل الشرط فى قول أبى يوسف(١) .

ولا فرق بين المسألتين فى منع نفاذ العقد لو كان يقبله.

ووجه آخر لأبى يوسف : أن النكاح والطلاق والعتاق جدها جد وهزلها جد(٢) ، وينفذ مع الرضاء والكره، فكذلك مع استثناء الخيار، فإن الخيار متى استثنى بقى تصرفا بلا رضا. فأما الوقف فلا يصح مع الكره، فكذا مع الخيار، وكذلك لا يصح هزلا.

ويجب أن يقع الفرق بين الخيار المعلوم والمجهول كالبيع، سواء فى أن لا يلزم إلا أن يكون جائزا مع المعلوم فاسدا مع المجهول.

— * —

١ - والمعروف منه فى حالة جهالة مدة الخيار بطلان الوقف والشرط. قال فى فتح القدير شرح الهداية (٤٤١/٥) : «وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيدا بل أن يكون معلوما حتى لو كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق.

وكذا روى عن أبى يوسف أنه قال : إن بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وإن لم يوقت فالوقف والشرط باطلان.» (راجع أيضا العناية ٤٤١/٥)

٢ - لقوله ﷺ : «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة.» وهو مروى عن أبى هريرة رضى الله عنه.

أخرجه أبو داود فى سننه - فى الطلاق / باب فى الطلاق على الهزل (١١٨/٣-١١٩)

والترمذى - فى الطلاق / باب ما جاء فى الجد والهزل فى الطلاق (٤٩٠/٣)

وقال : «هذا حديث حسن غريب. والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ وغيرهم.»

وابن ماجة - فى الطلاق / باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا (٦٥٨/١)

والحاكم فى المستدرك - فى الطلاق / باب ثلاث جدهن جد وهزلهن جد... (١٩٧/٢-١٩٨)

وقال : «هذا حديث صحيح الإسناد... ولم يخرجاه.» ووافقه الذهبى.

مسـألة

[الخلاف فى حكم الوقف اذا تعطل عن أهله]

الوقف إذا تعطل عن أهله مسجدا كان أو غيره لا يعود الى ورثة الواقف عند أبى يوسف،

وقال محمد : يصير ميراثا، والرواية فى المسجد(١) .

قال محمد : لأن إبطال الملك عن الأرض لا يجوز لنفسه إنما خلقت لنا ، لكن (لقربة)(٢) كانت تعلقت بها ليكون لنا دينا / (إن لم يكن لنا دينا)(٣) [٥٥٠أ] فاذا وقف الناس عن الصلاة فيه بطل الوقف كما فى الابتداء إذا وقف لا لقربة،

وأما أبو يوسف فانه يقول : بأن الوقف لما كان يصح على طريق إبطال ملكه عن البقعة لقربة، فإذا تم الإبطال ونفذ من كل وجه لم يحتمل النقض كالإبراء إذا تم بالقبول، والعتق والطلاق وجميع الاسقاطات، والقربة كانت شرطا ليصح الإسقاط، وما يعتبر شرطا لصحة التصرف، لا يشترط لبقائه ولا يعتبر،

هل يجوز أن يقال : إن الكعبة تملك ؟

وعنر محمد أن الكعبة لا تخرج عن تعلق القربة فإنها قبلة الصلاة للمسلمين، والاسلام باق إلى يوم القيامة، وأداء الحج متعلق به لا ينسخ بحال،

وأبو يوسف يقول : إن المسجد يبقى موضع الصلاة وموضعا يتعلق به صحة الاعتكاف، وإن أعرض الناس عن الصلاة فيه كالكعبة ربما يعرض الناس إلى الصلاة إليها فعلا ولكن كونها قبلة لا تتبدل ولا تحتمل النسخ بعد النبى،

فما قاله أبو يوسف قياس، وما قاله محمد استحسان، والله أعلم

— * —

١ - يرجع للمسألة الى بدائع الصنائع ٦/٢٢١ والهداية ٥/٤٤٦ والبحر الرائق ٥/٢٥٢

٢ - فى نسخة (ب) : «القربة»

٣ - ساقط فى نسخة (ب)

مسـألة

[الخلاف فى حكم وقف رجل أرضه على أن له أن يبيعها ويشترى بثمنها أرضا تكون موقوفة]

إذا وقف على أن له أن يبيعه بأرض أخرى فتكون وقفا مكان الأولى صح الوقف والشرط فى قول أبى يوسف وهلال.

وفى قول يوسف بن خالد : الوقف جائز والشرط باطل(١) كالعمرى(٢) ؛ لأنه مشبه بالصدقة المملوكة.

وقال بعضهم : الوقف باطل ؛ لأن من شرطه التأبد ومتى استثنى بيعه لم يتأبد الأول ؛ لأنه يصير ملكا لمشتريه، واشبه هذا ما إذا وقف شهرا ثم يكون ملكا بعد الشهر يعود إليه بخلاف شاهدين شهدا لرجل بملك أرض موقوفة، وقضى بها ثم رجعا، فإنهما يضمنان قيمة الأرض وتشترى بها أرض فيصرف إلى مصارف الأولى ؛ لأن الأولى موقوفة، كذلك لا يبطل بالقضاء ولم يملك بالضمان حتى لو أقر الأول

١ ـ وما قاله يوسف بن خالد هو قول محمد - رحمه الله - وهو قياس، فما ذهب إليه أبو يوسف وهلال استحسان، (فتح القدير لابن الهمام ٤٣٩/٥ والكفاية ٤٣٩/٥-٤٤١)

يرجع للمسألة إلى أحكام الوقف لهلال ص : ٩١، وأحكام الأوقاف للخصاف ص : ٢٢-٢٣ والهداية ٤٣٩/٥ وفتح القدير لابن الهمام ٤٣٩/٥.

٢ ـ العمرى : هو تبقية الشىء مدة عمر الموهوب له أو الواهب، بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له أو الواهب، بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له، وذلك مثل أن يقول : «دارى لك عمرى» فتمليكه صحيح وشرطه باطل، (أنيس الفقهاء ص : ٢٥٦ والتعريفات للجرجانى ص : ١٥٧)

وهو فى اللغة : من أَعْمَرْتُه الدارَ جعلت له سكناها عُمْرَه

قال فى الصحاح (٧٥٧/٢) : «وأَعْمَرْتُه داراً أو أرضاً أو إبلاً : إذا أعطيته إياها وقلت : هى لك عمرى أو عمرك، فإذا متّ رجعت إلىّ»

(راجع الصحاح ٧٥٧/٢ ولسان العرب ٦٠٣/٤ والمصابح المنير ٤٣٩/٢)

بالوقفية استردت منه، وكان بمنزلة المدبر يغصبه غاصب ويضمن، فإنه لا يملك المدبر، ولأن من شرط الوقف المأثور أن لايباع ولا يوهب.

ووجه ما ذهب إليه أبو يوسف : إن هذا الشرط فى ظاهره إبطال للوقفية على ما قاله، وفى المعنى استبدال لأرض الوقف بالأصلح و (استغلاله)(١) لأن الأرض قد تخرب فلا تغل إلا بمؤنة تربى على قيمتها فيكون إحياؤها بالاستبدال بأخرى، وإنه باب متعارف من مستغلى الأرض فصار هذا الشرط استنماء وعمارة وإحياء للأرض الموقوفة لا إبطالا.

واحتج هلال بمسألة الشاهدين فقال : لما جاز بغير شرط حوالة وقفية هذا الأرض إلى أخرى ببدل الأولى جاز مثله شرطا ؛ لأن شرط ما يجب بغير شرط لا يوجب إفساد العقود.

والجواب عن قولهم : «إن فى هذا إبطالا للوقفية عن الأولى» أنه فى المعنى إحياء على ما قلنا. لكن على سبيل الحوالة إلى آخر كالعبد المبيع أو المرهون يقتله عبد آخر فيدفع به قبل قبض الأول، فإن الثانى يصير مبيعا ومرهونا بلا عقد على سبيل الحوالة. وبدل الصرف لا يجوز الاستبدال به. ويجوز اشتغال ذمة أخرى على سبيل الحوالة. والله أعلم.

— * —

تم كتاب الوقف.

— ❊ ❊ ❊ —

١ - فى نسخة (أ) : «استغلال»

خاتمۃ البحث

الحمد لله ذي الجلال والإكرام والفضل والطول والمنن العظام الذى هدانا للإسلام، واللطيف المعين والمنعم على عباده بأنواع نعمه فى كل حين.

والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعاملين وهداية للناس أجمعين. وعلى آله وأصحابه الغر الميامين ومن سار على نهجهم واتبع هداهم إلى يوم الدين.

وبعد :

إن كتاب الأسرار للقاضي أبى زيد الدبوسي رحمه الله جوهر نفيس من جواهر الكنز العلمى العظيم التى تركها لنا العلماء الأتقياء من أعلام الهدى وأئمة الصلاح والدين الساهرين على خدمة الطريق المبين والصراط المستقيم.

وقد ألفه رحمه الله فى فقه الخلافيات فى الفروع، وعلى وجه الخصوص فى المسائل الخلافية بين الإمام أبى حنيفة والإمام الشافعي، والمسائل الخلافية بين أبى حنيفة، وأصحابه أبى يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله جميعاً.

وهو نادراً ما يذكر قول الإمام مالك، وكذلك قول الإمام ابن أبى ليلى ونحوه رحمهم الله.

ولم أصادف أنه ذكر قول الإمام أحمد رحمة الله عليه.

ولقد من الله علي إتمام تحقيق كتاب البيوع والصرف والإجارات والشركة والمأذون والوكالة والقسمة والغصب والكفالة والمضاربة والمزارعة والوقف من هذا الكتاب الجليل بعونه ولطفه وكرمه. وإن كان لى من قول أختم به هذا التحقيق فإننى أقول مشيراً إلى بعض النتائج التى توصلت إليها بتوفيق من الله العزيز القدير وهي :

* إن كتاب الأسرار كتاب نفيس قيم، لاينبغى أن يغفله أى طالب علم أو باحث.

* إن المؤلف رحمه الله اهتم فى كتابه هذا بالمسائل الخلافية بين الإمام أبى حنيفة وأصحابه، والمسائل الخلافية بينه وبين الإمام الشافعي كما ذكر.

* إنه غالبا يقدم من بين الأقوال التى يذكرها ويناقشها القول الذى يقع عليه ترجيحه، ثم ينتقل إلى قول الخصم ويعقبه بأدلة مذهبه فى غاية الإنصاف والدقة. إلا أنه رحمه الله لا يذكر المصادر التى يأخذ عنها أقوال المخالف إلا نادرا جدا.

ثم يذكر أدلة مذهبه بالاتقان وبالتركيز على نقطة الخلاف وأصل المسألة، ثم يرد على مذهب الخصم بعبارة متقنة رصينة ونزيهة عن القساوة الجافة.

* ويلخص وجوه العلماء فى كثير من المسائل بعد مناقشتها ويشير إلى سر تلك المسألة وإلى نقطة الخلاف أو مفرق الآراء بين الخصوم.

* وفى الأغلب يظهر ترجيحه فى آخر المسألة وتقدير قول الخصم بأسلوب فى غاية الدقة والأدب مثل قوله :

«فالذي قال أبو حنيفة قياس صحيح وما قالاه احتياط»(١)

«فما قالاه ظاهر والذي قاله أبو حنيفة أفقه»(٢)

«هذا الوجه أحسن من الأول وأبعد من المنازعة»(٣)

«وللخصم كلام حسن فى عذر الأجل فى أنه لا يورث»(٤)

١ ـ راجع كتاب البيوع (١٤٥/٢)

٢ ـ راجع مسائل السلم (١٣/٢)

٣ ـ كتاب الوكالة (١٠/٣)

٤ ـ كتاب البيوع (٣٤١/١)

* ويعتمد رحمه الله فى الاستدلال على مذهبه - مثل كل عالم مخلص فى دينه راسخ فى علمه - بالكتاب والسنة ثم بآثار الصحابة وأحيانا بآثار التابعين وبالمعقول أو بالمعنى الفقهى.

* وقد تتميز عباراته فى الأخذ والرد بالليونة والإحساس باحترام أسلافه.

* كذلك تتميز طريقته فى الاستدلال بالقوة والفهم الدقيق والدراية والثقة بالنفس.

* ويتضح ميله إلى الغوص فى المناقشات الأصولية وربط المسائل بالقواعد الفقهية وإكثار الأمثلة والنظائر فى بيان المسائل الخلافية.

والله أعلم

وأسأل الله أن يرزقنا فقها فى الدين وحسن اليقين

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وصلى الله على سيد الأنبياء والمرسلين

* * *

الفهـــــارس

فـهــرس الآيـات القـرآنيــة
فـهــرس الأحـاديث النبوية والآثار
فـهـرس الاصطلاحات والكلمات الغريبة الواردة فى الكتاب .
فـهــرس الأعـــــــــلام
فـهــرس القواعد والضوابط الفقهية
فـهــرس الأشـــــــعار والأمثال
فـهـرس الموضـــــــوعـــات

فهرس الآيات القرآنية

سورة البقرة

﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا﴾ الآية - ٢٩ ٢٧٠/١

﴿فعدة من أيام أخر﴾ الآية - ١٨٤-١٨٥ ٢٢٩/٣-٢٣١

﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ الآية - ١٨٥ ٢٢٩/٣

﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ الآية - ٢٣٣ ٣١٩/٢-٣٢١

﴿فنصف مافرضتم إلا أن يعفون أو يعفوا الذي

بيده عقدة النكاح﴾ الآية - ٢٣٧ ١٠٩/١-١٩٩

﴿وأحل الله البيع وحرم الربوا﴾ الآية - ٢٧٥ ٩٢/١-١٠٢-١٤٠، ٢٢١/٢

﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ الآية - ٢٨٠ ١٣٢/٣

﴿تجارة حاضرة تديرونها بينكم﴾ الآية - ٢٨٢ ١٤٣/١

سورة النساء

﴿فآتوهن أجورهن فريضة، ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من

بعد الفريضة﴾ الآية -٢٤ ١٩٩/١

﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ الآية - ٢٩ ١٤٠/١

﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ الآية - ١٤١ ٢٤٢/١-٢٤٧

سورة المائدة

﴿وأوفوا بالعقود﴾ الآية - ١ ٣٧٣/١

﴿حرمت عليكم الميتة والدم...إلا ما ذكيتم﴾ الآية - ٣ ١٠٨/١-٢٢١

﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ الآية - ٣٧ ١٠٥/١

﴿لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾ الآية - ٤٨ ٢٤٢/١

﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا
إذا ما أتقوا وءامنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وءامنوا
ثم اتقوا وأحسنوا﴾ الآية - ٩٣ ٢٧٧/١

﴿وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما﴾ الآية - ٩٦ ٢٥٠/١

سورة يوسف

﴿قالوانفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم﴾
الآية-٧٢ ٢٢٤/٣-٢٢٥

سورة النمل

﴿وورث سليمان داود﴾ الآية - ١٦ ٣١١/٣

سورة مريم

﴿هب لي من لدنك وليا يرثني ويرث...﴾ الآية - ٥-٦ ٣١١/٣

سورة الحج

﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ الآية - ٧٨ ٢٤٢/١

سورة النور

﴿والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾الآية-٥ ١٠٥/١

سورة فاطر

﴿أم لهم شرك فى السموات...﴾ الآية -٤٠ ٣٧٣/٣

**

فهرس الآحاديث النبوية والآثار

حديث : إثبات الربا على عامل خيبر فى أن أعطى صاعين وأخذ صاعا من تمر ٣/١٩١، ٢/٢٢٨

حديث : « إذا اختلف المتبايعان تحالفا ترادا» ٢/٩٥

حديث : «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد» ١/١٠١-١٥٢-١٧٥

حديث : «إذا أفلس المشترى ووجد البائع متاعة عنده فهو أحق به» ١/٣٧٧

حديث : ابن عمر -رضي الله عنه فقال ﷺ :«لابأس إذا افترقتما وليس بينكما عمل٠» ٢/١٧٧-١٧٨

حديث : أبي بن كعب أنه أقرأ الطفيل بن عمرو الدوسي سورة فأعطاه قوسا٠٠ ٢/٣٣٨

حديث : استقراض البكر ورد الرباعي ٢/٢٠

حديث : «ألآ إن كل ربا كان فى الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي هاتين» ٢/٢٢٦

حديث : «أما خالد فقد حبس دروعه في سبيل الله» ٣/٣٠٣

حديث : «إنا معشر الأنبياء لا نورث، ما تركنا صدقة» ٣/٣١١

حديث : «إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها» ٢/٢٢١

حديث : إن رسول الله ﷺ قسم أعمال البيت بين فاطمة وعلي ٢/٣٢٢

حديث : إن رسول الله ﷺ وهب لعلي غلامين صغيرين ثم سأل عنهما فقال : بعت أحدهما، فقال له النبي ﷺ : «أدرك» ١/٢٥٤

حديث : أن زيد بن حارثة أتى بسبى فخرج الرسول ﷺ يتفحص عنهم فرأى امرأة والهة فسأل عن شأنها فقيل : إنها بيع ولدها٠ فأمر برد البيع٠ ١/٢٥٤

حديث : «إنما الربا فى النسيئة» ١/١٣٢

حديث : إن معاذا لحقه ديون وأفلس، فباع رسول الله ﷺ متاعه في ديونه ١/٣٨٠

حديث : إن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم بيعه وأكل ثمنه ٢٦٣/١

رواية : إن النبي ﷺ اشترى ناقة بثمن واستقرض الثمن وأدى ١٥٨/٢

حديث : إن النبي ﷺ أمر بقتل الكلاب ٢٧٢/١

حديث : إن النبي ﷺ أمر عبدالله بن عمرو بن العاص أن يشترى بعيرا ببعيرين إلى أجل ٣١١/١

رواية : إن النبي ﷺ سئل عن بيع التمر على رأس النخل قبل الجذاذ بمجذوذ فأباح٠ ٢٣٨/١

حديث : إن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال : «أينقص الرطب إذا جف٠» فقيل : نعم، فقال : «فلا إذن» ١٥١/١

حديث : بيع جسد مشرك يوم الخندق من المشركين فنهيه ﷺ عن ذلك ٢٢٢/٢

حديث : «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» ٩٦/٢

حديث تزويج رسول الله ﷺ رجلا إمرأة بما معه من القرآن ٣٣٤/٢

حديث تقسيم أراضي خيبر بنخليها بين الغانمين بعد فتحه ثم اعطاؤها لأهل خيبر معاملة ومزارعة بالنصف ٢٨٦/٣

حديث : «التمر بالتمر والحنطة بالحنطة٠٠مثلا بمثل يدا بيد٠٠» ١٠١/١-١٠٣

حديث : توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة ٣١٢/٣

حديث : «٠٠٠ جيدها ورديئها سواء» ١١٨/١-١٢٩

حديث : «الخراج بالضمان ٤٠٣/١

حديث : «دفع رسول الله ﷺ إلى حكيم بن حزام دينارا ليشتري له بها أضحية٠٠ودعاؤه له بالبركة٠ ١١٣/٢-١١٤

حديث : «الذهب بالذهب وزن بوزن» ١٣٥/١

حديث الرخصة فى بيع العرايا خرصا، فيما دون خمسة أوسق. ٢٣٧/١-٢٣٨

حديث الرخصة فى ثمن كلب صيد. ٢٦٨/١

حديث الرخصة فى السلم ٤/٢، ٦، ١٤، ٢٠، ١٥٣

حديث الرقى بفاتحة الكتاب بقطيع من الغنم ٣٣٥/٢

حديث سؤال رسول الله ﷺ إذا أتى بجنازة : «هل على صاحبكم دين؟» ٢١٢/٣، ٢٢٠

حديث شراء البعير ببعيرين إلى أجل حين تجهيز الجيش ٢٠/٢

حديث الشاة المصلية ١٧٦/٣-١٧٧

حديث عائشة، فإن إمرأة أتتها وقالت : «إنى أشتريت من زيد بن أرقم جارية إلى العطاء بثمانمائة درهم ثم بعتها منه بستمائة...» ١٨٠/١-١٨١

حديث عامل خير الذي أتى رسول الله ﷺ بتمر جيد...إلى «وكذلك الميزان.» ١١١/١-١١٢

حديث عثمان بن أبى العاص، أنه قال : «آخر ما عهد إلى رسول الله ﷺ أن أصلي بالقوم صلاة أضعفهم وأن لا أتخذ مؤذنا يأخذ على الأذان أجرا.» ٣٤٠/٢-٣٤٢

حديث عمر - رضي الله عنه- أنه أصاب مالا نفيسا كان عنده، فسأل عليه الصلاة والسلام عن التصدق به فقال : «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق من ثمرته» ٣٠١/٣-٣٠٢

حديث : «على اليد ما أخذت حتى ترد» ١٠٥/٣-١١٢

حديث الفأرة تموت فى السمن ٣٦٢/١-٣٦٣

حديث قتيل خيبر : «يحلف لكم اليهود خمسين يمينا بالله ما قتلوه

ولا علموا له قاتلا» ٢٩٠/٣

قصة حبان بن منقذ الأنصاري وقول رسول الله ﷺ له بشرط الخيار ٢٣٤/١

قضاء النبي ﷺ فى ثمن النمر بأربعين درهما ٢٦٩/١

حديث : قول رسول الله ﷺ للمدعي : «ألك بينة؟» فقال : لا،

فقال : «لك يمينة» ١٥/٣

حديث : كسر عائشة رضي الله عنها قصعة لصفية رضي الله عنها،

فأوجب النبي ﷺ عليها ثمنها، ١٣٧/٣

حديث : «لابأس ببيع العبد بالعبدين والفرس بالفرسين والنجيبة بالنجيبتين،

إنما الربا فى النسيئة إلا ما كيل أو وزن» ١١٢/١

حديث : «لابأس إذا افترقتما وليس بينكما عمل» ١٧٨/٢

حديث : «لاتبيعوا البر بالبر إلا سواء بسواء» ١٤٨-١١٦-١٠١/١

حديث : «لاحبس عن فرائض الله بعد نزول سورة النساء» ٣١٠/٣

حديث : «لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب» ٢٢٦/٢

حديث : «لاكفالة فى الحدود» ٣٩/٣

حديث : «لايجتمع دينان فى جزيرة العرب» ٢٨٨/٣

حديث : «لايجوز بيع الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين» ١١١/١

حديث : «لعن النبي صلى الله عليه وسلم فى الخمر عشرة» منها «والعاصره والمعتق» ٣٢٨/٢

حديث : «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا» ٣٧١/١

حديث : «المسلمو ن عند شروطهم» ٣٧٣/١

حديث المصراة -أو المحفلة- ٤٣٠-٣٩٨/١

حديث : «من الإبل السائمة صدقة» ١١٤/١

حديث : «من أحيل على مليء فليتبع» ٢٥٣/٣

حديث : «من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» ١٤٠٥/٢

حديث : «من أشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه» ٢١٩/١

حديث : «من أعتق شقصا له من عبد قوم عليه نصيب شريكه إن كان موسرا» ١٣٨/٣

حديث : «من باع بيعا فوجده، وقد أفلس الرجل فهو ماله بين غرمائه ٣٨١/١

حديث : «من ترك مالا أو حقا فلورثته» ٣٣٥/١

حديث : «من غصب شبرا من أرض طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة» ١٠٥/٣

حديث النهي عن بيع التمر قبل أم تزهى ١٥٣/١-٣١٩

حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ١٣٢/١ ، ٢٥/٢

حديث النهي عن بيع الطعام بالطعام إلا سواء بسواء ١٠٠/١-١١٤-٢٣٨

حديث النهي عن بيع الغرر ٢٨٢/١

حديث النهي عن بيع الكالى بالكالى ١٤١/١، ١١٦/٢

رواية النهي عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية ٢٦٩/١

حديث النهي عن بيع اللحم بالحيوان ١٦٨/١

حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ٢١٧/١-٢٢٧ ،

٤/٢-٦

حديث النهي عن بيع المزابنة ٢٣٩/١

حديث النهي عن بيع وشرط ٢٣٤/١-٢٩٧-٣٠٥-

٣٢٢-٣٢٥

حديث النهي عن ثمن الكلب ٢٦٧/١

حديث النهي عن السلم فى الحيوان	٢٤/٢
حديث النهي عن صفقتين فى صفقة واحدة	٣٠٥/١-٣٢٢
حديث النهي عن الضرر فى الإسلام	٣٤٧/١، ٤١٤/٢
حديث النهي عن المحاقلة	١٤٥/١
حديث النهي عن وصف المرأة المرأة عند زوجها	٢٤/٢
رواية «ولا يفارق أحدهما صاحبه مخافة أن يستقيله»	٣٧٥/١
حديث : «اليمين على من أنكر»	٨٦/٢

**

الآثـــــار

الأثر : «لاحبس إلا فى كراع أو سلاح»	٣٠٤/٣-٣١١
أثر عثمان رضي الله عنه فى تضمين الأبل بمثله	١٣٨/٣
إن عثمانا رضي الله عنه جعل الحيازة شرطا فى الهبة لولده الصغير	٨٣/٣
إن عليا رضي الله عنه باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا إلى أجل	٣٢/٢
إن عليا رضي الله عنه لا يضمن الأجير	٣٠١/٢
إن عليا رضي الله عنه كان يضمن الخياط والقصار وغيرها من الصناع احتياطا للناس	٣٠٠/٢
إن عليا رضي الله عنه كان يوكل عقيلا بالخصومة عنه	١٢/٣

إن عمر رضي الله عنه كان لا يضمن الصباغ ما أفسدوا وما ضاع عن أيديهم ٣٠١/٢

حكم عمر رضي الله عنه فيمن اشترى جارية فاستولدها واستحقت، ومشاروته

في ذلك عليا رضي الله عنه ١١٦/٣

خصومة فاطمة رضي الله عنها إلى أبى بكر رضى الله عنه فى فدك ٣١١/٣

عقد عبدالله بن مسعود مضاربة مع زيد بن خليدة، فإسلام زيد إلى عتريس

في قلائص معلومة وفسخ عبدالله رضي الله عنه العقد ٢٨-٢٧/٢

قصة أبى بكر رضي الله عنه مع عائشة أم المؤمنين فى نحلها جداد عشرين وسقا

من ماله بالعالية ٨١/٣

قضاء عثمان رضي الله عنه فى إتلاف كلب بعشرين درهما ٢٦٩/١

قول شريح - رحمه الله - : «جاء محمد ببيع الحبيس» ٣١٠/٣

قول شريح - رحمه الله : «لاتصح الصدقة إلا مقبوضة مقسومة» ٨٤/٣

قول عبدالله بن العباس رضي الله عنه : «لاتجوز الهبة إلا مقبوضة مقسومة» ٨٤/٣

قول علي - رضي الله عنه فيما وهب ثلث كذا أو ربع كذا:«باطل مالم يقاسم» ٨٣/٣

قول عمر رضي الله عنه : «إن من الربا أبوب٠٠٠منها : السلم فى السن» ٢٦/٢

قول عمر رضي الله عنه : «البيع صفقة أو خيار» ٣٧٣/١

قول عمر رضي الله عنه : «توفي رسول الله ﷺ ولم يبين لنا أبوب الربا» ١٠٢/١

قول عمر رضي الله عنه : «ما بال أحدكم ولده ينحل نحلا لا يجوزها ولا يقسمها» ٨٢/٣

وقف زبير داره وشرطه للمردودة من بناته ٣٠٢/٣

*

فهرس تعريف الاصطلاحات والكلمات الغريبة الواردة فى الكتاب

[أ]

الابضاع ٢/٦٤، ٢١٤

الأتون ٢/٢٣٢

الإجهاض ٢/٢٩٩

الأجير المشترك ٢/٢٧٩

الاحتشاش (الحشيش) ٢/٣٦٩

الإحرام ١/٩٥

الأرش ١/١٩٠

الاستحسان ١/١٦٧

استصحاب الحال ٣/٣٥

الاستيلاد ١/٤٠٤

الإعارة ١/٣٤٣

أفلس (الإفلاس) ١/٣٧٧

الإقرار ١/٤٤٩

الإكراه ١/٤١٣

أهل (هلال) ٣/٢٢١

الإياق (الآبق) ١/٣١٨

الآجر ٢/٣٢٢

الأجير الخاص ٢/٢٧٩

الأحايين (الحين) ٢/٣٧٥

الاحتطاب ٢/٣٦١

أرب (الإرب) ٣/١٧٣

الاستبراء ١/٤٠٦

الاستقراض ٢/١٩

الاستصناع ٢/٨، ٦٢

الاسكاف ٢/٢٧٥

افتض ٢/٤٤٦

الإقالة ١/٣٣٩

الأكارع ٢/٢٣

أم الولد ١/١٨٩

الإيلاء ١/٨٩

[ب]

الباطل ٨٤/١
البانة ١٦٤/٣
البزاغ ٢٨٠/٢
البقيع ١٧٧/٢
البيع ٨٠/١
البيع الغير اللازم ٨١/١
البيوت (البيت) ٥٩/٣
البالوعة ٦٤/٣
البز ٣٨٢/٢
البزر ٢١٠/١
البهرج ٤٩/٢
البيع اللازم ٨١/١
البيع بالرقم ٧٩/٢، ٢٣٠/١

[ت]

التدبير ٢٥٢/١
تسييب البهيمة ٢٠٨/٢
التصرية ٤١٩/١
التولية ٧٩/٢، ٨٣/١
تربى ٦٥/٣
التشريج ٣٣٢/٢
التناقض ١٠٥/١
التوى (المتوى) ٢٥٢/٣، ١٢٥/٢

[ث]

الثغر ٣٥٠/٢
الثوب القوهي ٣٢٨/١
الثوب الهروي ٣٢٨، ١٧١/١
الثمن (والمثمن) ٨٢/١
الثوب المروى ١٧١/١

[ج]

الجائحة ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٢٤٠/١
الجراب ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٢٣٢/١
الجمد ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ١٧٧/٢
الجوالق (الجوالقات) ـ ـ ـ ١٨٥/٣
الجباية ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٣٦٦/٢
جزاف ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ١٠٣/١
الجوائح ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٢٤٠/١

[ح]

الحجر ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٣٥٠/١
الحزر ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٦٩/٢
الحشيشي (الاحتشاش) ـ ـ ـ ٣٦٩/٢
الحضانة ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٤٢٤/٢
الحقة ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ١٥٦/٣،٢١/٢
الحنتم ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٢٧٣/١
الحوالة ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٥٧/٢،٢٥١/٣
المحيل : المحال : المحتال
المحال عليه : المحتال عليه
المحال به : المحتال به
الحرام ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٨٠/١
الحسبة ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٢٠٧/٣
الحصة الشائعة (المشاع) ـ ـ ٢٧٠/٢
الحفنة ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ١١٩/١
الحلال ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٨٠/١
حنث (الحنث) ـ ـ ـ ـ ـ ٨/٣

[خ]

الخان (الخانات) ـ ـ ـ ـ ـ ١١٢/٣
الخرص ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٢٣٧/١

الخز ٣٨٢/٢
الخلفات (الخلفة) ١٩/٢
خيبر ١١١/١
الخلع ٤١٧/١
الخيار ٨٢/١

[د]

الدانق ٢٠٢/٢
الدميم ٤٥٦/١
الديباج ٢١١/١، ٣٠/٢
الدباء ٢٧٣/١
الدور (الدار) ٥٨/٣

[ذ]

الذراع ٢٢٨/١
الذمي ٢٤٤/١
الذكاة ١٠٨/١

[ر]

الراحلة (من الابل) ٢١/٢
الربذة ٢١/٢
الرطب ١٦/٢
الرم (المرمة) ٣٣٣/٢
الرباعي ٢٠/٢
الرخصة ٦/٢
الرطل ١٠٣/١
الرهن ١٩٧/١، ٣٠٤

[ز]

الزيوف (الزيف) ٤٥٥/١

[س]

الساجة ـــــــــــ ١٢٢/٣
السبب ـــــــــــ ١٧٠/٢
الستوقة ـــــــــــ ٤٩/٢
السويق ـــــــــــ ١٦٢/١
ساغ ـــــــــــ ١٧٧/٣
السبق ـــــــــــ ٣٧٤/٢
السلم ـــــــــــ ٣/٢

[ش]

الشائع ـــــــــــ ٤٨/٣، ٢٧٠/٢
الشفيع (الشفعة) ـــــــــــ ١٩٦/١
شركة العنان ـــــــــــ ٣٥٩/٢
الشركة بالأعمال ـــــــــــ ٣٥٩/٢
شركة المفاوضة ـــــــــــ ٣٦٠/٢
الشراء بالرقم ـــــــــــ ٣٠٦/١
الشركة ـــــــــــ ٣٥٨/٢
الشركة بالأموال ـــــــــــ ٣٥٩/٢
الشركة بالوجود ـــــــــــ ٣٦٠/٢
شركة المضاربة ـــــــــــ ٣٦١/٢

[ص]

الصاع ـــــــــــ ١١١/١
الصرف ـــــــــــ ١٤١/١، ١٤٩/٢
الصلح ـــــــــــ ٢٠٤/١
الصبرة ـــــــــــ ٢٣٢/١
الصفقة ـــــــــــ ٣٠٤/١
الصيارفة (الصريفي) ـــــــــــ ٤١/٢

[ض]

الضن ـــــــــــ ٣٦٣/١

[ط]

الطرد ـــــــــــ ١٢٧/١
طلاق البدعة ـــــــــــ ٢٩/٣

طلاق الرجعي ـــــــ ٣٤٩/١
طلاق السنة ـــــــ ٣٠/٣

[ظ]

ظاهر الرواية ـــــــ ١٠١/٣
الظن ـــــــ ٢٣٧/١
الظئر ـــــــ ٣١٩/٢، ٢٥٦/١
الظهار ـــــــ ٨٩/١

[ع]

العادة ـــــــ ١٧٩/٢
العقار (العقارات) ـــــــ ١٠٤/٣، ٢٨٠/١
العقر ـــــــ ١١٤/٣، ٣٦٩/١
العمالة ـــــــ ٣٦٥/٢
العيب ـــــــ ٣٩٢، ٢٢٤/١
عسب التيس ـــــــ ٢٦٧/١
العقد الموقوف ـــــــ ٢٠٣/١
العلة ـــــــ ١٠٤/١
العوراء ـــــــ ٤٥٣/١

[غ]

الغرائر (الغرارة) ـــــــ ٢٧٧/٢
الغلة ـــــــ ٤٠٣/١
غصب ـــــــ ٨٧/٣
الغور ـــــــ ٣٠٤/٣

[ف]

الفاسد (الفساد) ـــــــ ٨٤/١
الفرص ـــــــ ١٤٨/٣
فدك ـــــــ ٣١١/٣
الفسطاط ـــــــ ٩١/٣

فص الخاتم ـــــــــ ٢٢٥/١
الفضولي ـــــــــ ٢٩٠/١
الفصد ـــــــــ ٢٤٤/١

[ق]

قباء ـــــــــ ٢٧٧/١
القروء (القرء) ـــــــــ ١٥٣/٣
القسامة ـــــــــ ٢٩١/٣
القصار ـــــــــ ٢٧٨/٢
القفيز ـــــــــ ١١٣/١
القلب ـــــــــ ١٢٥/٢ ،١٧٩،١٤٦/١
القدوم ـــــــــ ١٧٠/٣
القرى ـــــــــ ٣٤١/٣
القسمة ـــــــــ ٤٧/٣
القطيع ـــــــــ ٢٢٧/١
القلائص (القلوص) ـــــــــ ٢٧/٢
القمقمة ـــــــــ ١٨٢/٣
القياس ـــــــــ ١٣٤/١

[ك]

كبح (الدابة) ـــــــــ ٢٨١/٢
الكراع ـــــــــ ٣٠٤/٣
الكرباس ـــــــــ ٣٨٢/٢
الكفالة ـــــــــ ١٩٧/٣،٣٠٤/١
• المكفول له ـــــــــ ١٩٧/٣
• المكفول به ـــــــــ ١٩٧/٣
الكتابة ـــــــــ ٩٠/١
الكر ـــــــــ ١٨٤/١
كساد الفلوس ـــــــــ ٣٧٨/١
الكفيل ـــــــــ ٥٣/٢،١٩٧/٣
المكفول عنه ـــــــــ ١٩٧/٣
الكفالة بالدرك ـــــــــ ٢٠٩/٣

ال‌ا

اللب ٢٢٦/١

اللبان ٣٣٢/١

اللزوم (اللازم) ٨١/١

[م]

المأذون ٣٩٥/٢

ماطل ٢٢٨/٣

المال (المالية) ٨٧/١

المؤنة ٣٦/٢

المباح ٩٢/٣

المبقلة ١٥٠/٣

المثمن (المثمنات ١٥١/٢،٨٢/١

المجاز ٨٤/٢

المحابات ٢٠١/١

المحاقلة ١٤٥/١

المحفلة ٣٩٨/١

المخدع ٦٤/٣

المد ١١١/١

المدبر (المدبرة) ٢٥٢،١٨٩/١

المرابحة ٨٣/١

المرمة (الرم) ٣٣٣/٢

المزارعة ٢٨٢/٣،٢٢١/١

المزفت ٢٧٣/١

المساقاة (المعاملة) ٣٨٣،٣٧٧/٢

المشاع (الحصة الشائعة) ٢٧٠/٢

المصراة ٣٢١/١

المصلية ١٦٥/٣

المضاربات (المضاربة) ٢٧١/٣،١٨٢/١

المطل ٢٢٨،٢٧/٣

المعاملة ٢٨٨/٣

المفاليس ٢٣٨/١

المفقود ـــ ١٧/٢
المكاتب ـــ ٩٠/١
الملك ـــ ٨٦/١
المنزل (المنازل) ـــ ٣٢٦/١
الميتة ـــ ١٢٤/١
المقلية ـــ ١٢٩/١
المكيل (المكيول) ـــ ٩٧/١
المماسكة ـــ ٣٢٦/١
الموزون (الوزن) ـــ ٩٧/١

[ن]

النجار ـــ ٢٢/٢
النسأ ـــ ١٢٩/١
النعم ـــ ٢٠٩/١
النقير ـــ ١٧٤/٢
النزارة ـــ ٤٢٢/١
النسخ ـــ ٤١٥/٢
النقرة ـــ ١٧٤/٢،٩١/٣

[هـ]

الهبة ـــ ٩١/١
هلال (أهل) ـــ ٢٢٢/٣
هشم ـــ ١٢٦/٢

[و]

الوالهة ـــ ٢٥٤/١
الوزن ـــ ٩٧/١
الوديعة ـــ ٣٤٣/١-٤٥٠
الوصية ـــ ٩١/١

الوضيعة ٨٣/١

الوكالة (الوكيل) ١١٣/٢،٥/٣

الولاء ٢٠٦/١

[ي]

اليمين ٩٠/١

- ❊❊ -

فهرس الأعـــــــــلام

أبوبكر ---------- ٣/٨١-٨٢-٣١١

أبو سعيد الخدري ---------- ٢/٣٤١

أبو هريرة ---------- ١/٣٨١-٣٨٧-٤٢٠-٤٢٦

أحمد بن علي، أبوبكر الجصاص ---------- ١/٣٨١

أحمد بن عمر ، أبوبكر الخصاف ---------- ٣/٣٠٢

أنس بن مالك ---------- ٣/٨٥

أبى بن كعب ---------- ٢/٣٣٨

جبير بن مطعم ---------- ١/٢٢١

الحارث بن ربعى، أبو قتادة ---------- ٣/٢١٢

الحسن بن زياد ---------- ١/٣٦٥، ٣٦٦، ٢/٣٥، ٣٢١

حكيم بن حزام ---------- ٢/١١٣

خالد بن الوليد ---------- ٣/٣٠٣

داود -عليه السلام- ---------- ٣/٣١١

زفر بن الهزيل ---------- ١/١٧٤، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ٢٣٤، ٢٩٠، ٣٠٢، ٣٠٤، ٣١٠،
٣١١، ٣٦٢، ٣٩٥، ٤٠٩، ٤٤٤،
٢/٤٧، ٤٩، ٨٦، ١١٩، ١٢٠، ١٤٩، ١٩٠، ١٩٢، ١٩٣،
١٩٤، ٢٠٢، ٢٠٤، ٢٠٧، ٢١٨، ٢٧٥، ٢٧٧، ٣٠٦،
٣٠٨، ٣١٠، ٣٣٤، ٣٦٢،
٣/٥، ٢١، ٤١، ١٠١، ١٤٩، ١٩٣، ١٦٩، ٢٧٣

زبير بن العوام ـــــــــــــــــــ ٣٠٢/٣

زكريا عليه السلام ـــــــــــــــــــ ٣١١/٣

زيد بن أبي عياش ـــــــــــــــــــ ١٥٥/١

زيد بن ثابت ـــــــــــــــــــ ٣٩٧/١، ٤٠٢

زيد بن حارثة ـــــــــــــــــــ ٢٥٤/١

زيد بن خليدة ـــــــــــــــــــ ٢٧/٢

سليمان عليه السلام ـــــــــــــــــــ ٣١١/٣

شريح بن الحارث (القاضي) ـــــــــــــــــــ ٣٠١/٢، ٨٤/٣، ٣١٠

الطفيل بن عمرو الدوسي ـــــــــــــــــــ ٣٣٨/٢

طلحة بن عبيدالله ـــــــــــــــــــ ٢٢٠/١

عائشة أم المؤمنين ـــــــــــــــــــ ١٨٠/١، ٨١/٣، ١٣٧، ١٣٨

عافية بن زيد ـــــــــــــــــــ ١٩٣/٣

عباس بن عبدالمطلب ـــــــــــــــــــ ٢٢٦/٢، ٢٢٨، ٢٢٩

عبدالله بن رواحة ـــــــــــــــــــ ٢٨٧/٣

عبدالله بن عباس ـــــــــــــــــــ ٢٦٩/١، ٢٤/٢، ٨٤/٣، ٣١٠، ٣٢٢

عبدالله بن عمر ـــــــــــــــــــ ١١١/١، ٢٦٤، ٣١١، ٣٧٣، ٣٧٥، ٣٩٩، ٤٠١، ٤٠/٢، ١٧٧

عبدالله بن عمرو بن العاص ـــــــــــــــــــ ١٣١/١، ٢٦٩، ٢٠/٢

عبدالله بن مسعود ـــــــــــــــــــ ٢٧/٢، ١٣٨/٣، ٣١١

عتربس بن عرقوب ـــــــــــــــــــ ٢٧/٢

عبدمناف بن عبدالمطلب، أبو طالب ـــــــــــــــــــ ٣٤٧/٢

عثمان بن أبى العاص الثقفي ـــــــــــــــ ٢/٣٤٠، ١٤١

عثمان بن عفان ـــــــــــــــ ١/٢٢٠، ٢٦٩، ٢/٢٩٩، ٣/٨٣، ١٣٨

عكرمة، أبو عبدالله ـــــــــــــــ ٢/٢٤، ٣/٣١٠

علي بن أبى طالب ـــــــــــــــ ١/٢٦٤، ٣٩٩، ٤٠١، ٢/٢٠، ٣٢، ٢٩٩،
٣/١١٦، ٢١٢، ٢١٢، ٣١١

عمر بن الخطاب ـــــــــــــــ ١/١٠٢، ٣٧٣، ٣٧٥، ٣٩٢، ٤٠٢، ٢/٢٦-٢٩٩،
٣/٨٢، ١١٦، ٢٩٠، ٣٠١، ٣٠٣

عمار بن ياسر ـــــــــــــــ ١/١١٢

عمرو بن هشام ، أبو جهل ـــــــــــــــ ٢/٣٤٧

فاطمة بنت رسول الله ﷺ ـــــــــــــــ ٣/٣١١

فرعون ـــــــــــــــ ٢/٣٤٧

مالك بن أنس ـــــــــــــــ ١/١١٠، ٢/٢١٢

محمد بن ادريس الشافعي ـــــــــــــــ ١/٨٦، ٨٧، ١٠٠، ١٢٣، ١٢٩، ١٣٠، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٧، ١٣٩،
١٤٥، ١٤٧، ١٥١، ١٥٧، ١٧٤، ١٨٠، ١٨٤، ١٨٥، ١٩٥، ١٩٦،
٢٠٩، ٢١٤، ٢٣٢، ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٥٦، ٢٦٢، ٢٦٦،
٢٦٧، ٢٧٦، ٢٧٨، ٢٨٠، ٢٨٦، ٢٩٦، ٣١٥، ٣٢١، ٣٣٤، ٣٣٥،
٣٤٢، ٣٧١، ٣٧٧، ٣٨٥، ٤٠١، ٤٠٢، ٤١٧، ٤٢٠، ٤٤٢، ٤٤٦،
٢/٤، ١٤، ٢٠، ٩٤، ١١١، ١١٣، ١٣٤، ١٤٩، ٢٠٤، ٢٠٧، ٢١٠،
٢١٣، ٢١٥، ٢٢١، ٢٣٣، ٢٣٥، ٢٦٦، ٢٧٩، ٢٨٢، ٣٢٠، ٣٥٢،
٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٤٠٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٦، ٤٣٧،
٣/٥، ١٢، ٤٤، ٨٨، ٩١، ٩٢، ٩٨، ١٠٤، ١١٢، ١١٦، ١٢٢،
١٣٠، ١٣٢، ١٤٠، ١٤٢، ١٥٩، ١٦٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٩٨، ٢١٢،
٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٥، ٢٥٣، ٢٧٢، ٢٨٣، ٢٨٩، ٢٩٤، ٣٠١، ٣٢٣

محمد بن اسحاق الحنظلي ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ١١٠/١

محمد بن الحسن الشيباني ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ١١٠/١، ١٢١، ١٥٢، ١٦٨، ١٩٧، ٢٣٠، ٢٧٨، ٢٨٠، ٢٨٩،
٢٩٦، ٢٩٩، ٣٠٨، ٣٢٢، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٣٤، ٣٣٦،
٣٥١، ٣٥٧، ٣٦٠، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٧، ٣٦٩، ٣٩٣، ٤١٢، ٤١٤،
٤٣٤، ٤٣٩، ٤٥٠، ٤٥٧
٣٤/٢، ٣٦، ٣٩، ٤٠، ٤٧، ٥١، ٥٣، ٥٤، ٥٧، ٦٢، ٦٣، ٦٥،
٧١، ٧٢، ٧٤، ٧٥، ٧٧، ٧٨، ٧٩، ٨٢، ٨٣، ٨٥، ٨٨، ٩٠، ٩٣،
١٠٠، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤، ١٠٩، ١٢٥، ١٢٧، ١٣٠، ١٣١، ١٣٤،
١٤٠، ١٩٨، ٢٠٣، ٢٢٤، ٢٢٦، ٢٥٤، ٢٧٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٣٠٠،
٣٠٦، ٣٠٨، ٣١٣، ٣١٧، ٣٢٧، ٣٤١، ٣٤٨، ٣٧٧، ٣٨٠،
٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٨، ٣٩٢، ٣٩٩، ٤١٢، ٤٣٨، ٤٤٦، ٤٤٧
١٢/٣، ١٨، ٢٢، ٢٥، ٢٨، ٣١، ٣٦، ٣٨، ٤٢، ٥٧، ٥٨، ٦٤، ٦٨،
٧٠، ٧٢، ٧٤، ٧٥، ٨٧، ٩٩، ١٠٤، ١٢١، ١٢٤، ١٢٦، ١٣٤،
١٣٥، ١٣٨، ١٤٤، ١٨٢، ١٩٠، ١٩٣، ١٩٤، ٢١٢، ٢٢٩، ٢٣٩،
٢٤١، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٦٥، ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٧٣، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨،
٢٧٩، ٢٨٣، ٢٩٢، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٧، ٣٠١، ٣٠٤، ٣١٥، ٣١٦،
٣١٨، ٣١٩، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٧.

محمد بن سماعة ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٢٥٤/٢، ٤٥١

محمد بن شجاع الثلجي ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٣٥/٢

محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى ـ ـ ـ ـ ـ ٣٩٧/١، ٤٠٢، ٢٠٤/٢

محمد بن عبدالله، أبو جعفر الهنداوي ـ ـ ـ ـ ٣٢٥/٣، ٣٢٦

معاذ بن جبل ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٣٨١/١

النعمان بن ثابت، أبو حنيفة ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ١/١٥١، ١٥٢، ١٥٥، ١٥٩، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٦، ١٦٨، ١٩٧،
٢٢١، ٢٢٨، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٧٨، ٢٨٠، ٢٨٧، ٢٩٥،
٢٩٦، ٣٠٨، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٤، ٣٤٤،
٣٤٥، ٣٥١، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧،
٣٧٠، ٣٧٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩٣، ٤٠٦، ٤٠٩، ٤١١، ٤١٤، ٤٣٤،
٤٣٦، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤٩، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٥، ٤٥٧،
٢/٣٤، ٣٥، ٣٦، ٣٧، ٣٨، ٣٩، ٤٠، ٤٧، ٥٠، ٥٣، ٥٤، ٥٧، ٦٠،
٦٢، ٦٣، ٦٥، ٦٦، ٧١، ٧٢، ٧٤، ٧٥، ٧٧، ٧٨، ٧٩، ٨٠، ٨٢،
٨٣، ٨٤، ٨٨، ٩٠، ٩١، ٩٣، ٩٥، ١٠٠، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤، ١٢٧،
١٢٩، ١٣٠، ١٣٥، ١٣٧، ١٣٩، ١٤٠، ١٤٢، ٤٤٤، ١٤٥، ١٤٦،
١٩٨، ٢٢١، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٤، ٢٨٢، ٢٩٠، ٢٩٤، ٢٩٦،
٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠٤، ٣٠٦، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٣،
٣١٧، ٣٢١، ٣٢٥، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٢، ٣٤١، ٣٨٠، ٣٨٦، ٣٨٨،
٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٥١،
٣/١٠-١١، ١٢، ١٣، ١٤، ١٨، ١٩، ٢٦، ٣١، ٣٨، ٣٩، ٥٠، ٥٣،
٥٨، ٦٠، ٦٢، ٦٤، ٦٦، ٦٨، ٦٩، ٩٩، ١٠٣، ١٠٤، ١٠٧، ١١١،
١٣٤، ١٣٥، ١٤٤، ١٦٢، ١٨٢، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٩٠، ١٩٢،
١٩٣، ٢١٢، ٢١٥، ٢٣٦، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤١، ٢٦٤، ٢٨٢، ٣٢٣،
هامان ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٢/٣٤٧
هلال بن يحي بن مسلم الرأى البصري ـ ـ ـ ـ ١/٢٩٤، ٢/٢٥٧
٣/٣٠٣، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٩، ٣٢٤، ٣٢٩،

يعقوب بن ابراهيم أبو يوسف ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ١/١٥٥، ١٥٩، ١٦٨، ١٩٧، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٣٠، ٢٥٣، ٢٥٤،
٢٧٨، ٢٨٧، ٢٩٠، ٢٩٦، ٢٩٩، ٣٠٨، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٨، ٣٣٤،
٣٤٦، ٣٥٧، ٣٦٠، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٧، ٣٧٠، ٣٩٣، ٤٠٩، ٤٣٤،
٤٣٩، ٤٤٩، ٤٥٧،
٢/٣٤، ٣٦، ٣٩، ٤٠، ٤٧، ٥١، ٥٣، ٥٤، ٥٧، ٥٨، ٦٠، ٦٢، ٦٥،
٧١، ٧٢، ٧٥، ٧٧، ٧٨، ٧٩، ٨٠، ٨٢، ٨٥، ٨٨، ٩٠، ٩٣، ٩٥،
١٠٠، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤، ١٠٦، ١٠٩، ١٢٢، ١٢٤، ١٢٧، ١٣٠،
١٣٤، ١٤٠، ١٩٨، ٢٢١، ٢٢٧، ٢٦٤، ٢٧٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٣٠٠،
٣٠٦، ٣١٣، ٣١٥، ٣٢٧، ٣٨٠، ٣٨٢، ٣٨٤، ٣٨٦، ٣٨٨، ٣٩٢،
٤٣٨، ٤٤٦، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١،
٣/١٠، ١١، ١٢، ١٨، ٢٢، ٢٣، ٢٥، ٣١، ٣٦، ٣٨، ٤٢، ٥٧، ٥٨،
٦٤، ٦٨، ٨٠، ٩٩، ١٠١، ١٠٣، ١٠٤، ١٣٤، ١٣٥، ١٤٤، ١٨٢،
١٩٠، ١٩٣، ١٩٤، ٢١٢، ٢٣٩، ٢٤١، ٢٤٦، ٢٤٧، ٢٤٩، ٢٦٤،
٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٧٣، ٢٧٦، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨٣، ٢٩٥،
٢٩٦، ٢٩٧، ٣٠١، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٩، ٣٢١، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٦،
٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩،
يوسف بن خالد السمتي ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ٣/٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٨

**

فهرس القواعد الفقهية

الإباحة للضرورة لايدل على رفع الحرمة من أصله فيماعدا الضرورة	٢٧٢/١
الأبواب التى لا تعرف قياسا فلم يجز القياس عليه	٣٠٨/١، ٣١١
الأحكام تبتنى على الظاهر	٢١٩/٣
أحكام الدنيا لاتبنى على فوائد الآخرة بل على فوائد الدنيا	٢٦٨/٣
الآدمي فى الأصل محصن على الإتلاف إلا بعوارض	٤٤٨/٢
إذا ازداد القيمة ازداد الضمان	١٠٢/٣
إذا زال العارض يثبت الحكم الأصل	٣٩٩/٢
الاسقاط مما يرتد بعد التمام	٤٩/٢
الاسقاطات لا تحتمل العود	٤٩/٢
أصل المال علة للابتذال من كل وجه، والخطر فيه عارض بالشرع	٤٤٨/٢
الأعيان أقبل للبيع من الإجارة	٢٥٦/١
الإقرار على الغير يكون شهادة	٤٢٩/٢
إلى المتكلم البيان ما بقى حده	٤٥٢/١
الأمور بعواقبها	٢٤٤/١
إن أبواب الربا أبواب يحتاط لها	٤١/٢
إن الأثمان لا تتعين فى عقود المعاوضات بخلاف السلع	١٣٧/٢
إن اجتماع الثمن والمثمن فى مسلك واحد ممنوع بمطلق البيع	٣٤٤/١
إن الاستحقاق يوجب التوقف فلم ينعدم أصلا	٢٩٠/١
إن الإشارة أبلغ أسباب الإعلام	٢٣٠/١
إن الإشارة تقطع الشركة بين المشار إليه وغيره	٢١٥/١

إن الأصل فى باب السلم الفساد والحرمة	٧/٢
إن الإعارة من الإجارة كالهبة من البيع فى حق المنفعة	٢٥٧/٢
إن الإقالة لا تحتمل معنى التمليك ابتداء	٨٤/٢
إن البدل والمبدل لا يجتمعان	١٤٢/٣
إن البيع أسرع نفاذا من العتق من حيث شرط الملك	٢٨٨/١
إن الدين لا يتصور أداؤه إلا بغيره	٢٠٦/٣
إن البيع منزه عن الغرور	١٥٠/٢، ١٥٤
إن البيع لا يجوز إلا لماله قيمة في الأسواق	١١٣/١
إن الثمن لا يقابل إلا ماهو الأصل دون الوصف	١٩١/١
(إن الثمن لا يقابل إلا عينا مالا على الحقيقة)	٤٠٦/١
إن الحجر الخاص لا يرد على اذن العام	٤١٢/٢
إن الحد لا يدخل فى الحدود	٣٦١/١
إن الحرج عذر فى اثبات الرخصة الشرعية	٨-٧/٢
إن الحرية كانت للآدمي بأصل الجبلة كالذمة	٣٩٩/٢
إن الحكم لا يثبت إلا فى محل قابل له	١٣٤/١
إن الخلاف فى الأحكام بحسب الاختلاف فى العلل	٤٠٣/١
إن الخلف أبدا يعمل عمل الأصل فيما صار خلفا عنه	١٥٣/٣
إن الخيار شرط للفسخ لا للإيجاب	٣٤٢/١
إن الخيار لا يمنع إنعقاد البيع	٣٥١/١
إن دعوى الدين دعوى شغل الذمة	٤٥١/٢
إن ساعات المجلس فى حكم ابتداء العقد فى حق إتمامه	١٤١/١، ١٦٦/٢

(إن لساعات المجلس حكم ابتدائها فى تدارك شرائط جواز العقد ٢٣١/١
إن السبب لا يعتبر لنفسه بل لحكمه حكما ١٠٢/٣
إن السكوت ليس بإذن وضعا ٤٠٩/٢
إن الشيء إنما يتم بمقصوده ٢٣/٣
إن صحة العبارة بالعقل والتمييز ٤١٨/٢
إن الضرورة تقدر بقدرها ٣٤٨/٢
إن ضمان العقود بنى على التراضي لا على التساوي ١٢٠/٣
إن العبرة للمعاني لا للصور ٣٠٥/١
إن العلة بدون معلولها تلغو ٢٨٩/١
إن العين تعرف بذاتها والغائب بصفاته ١٩٩/٢
إن العينية أصل في كل ما يطالب أو يشار إليه ١٦٧/٢
إن الغالب يعطى له حكم المتحقق ٤١/٢
إن فى الانتزاع من العادة ضرب حرج ٣٢٤/١
إن فى الصلح شبهة الحط ٦٦/٢
إن القاضي يتصرف فى مال الغائب من حيث التحصين ٥٤/٣
إن القدرة بالتمكين من التسليم شرعا لا باليد حسا ٢٨٤/١
إن كل عدل صادق فى خبره بناء على أصل العقل بمنع الكذب ٥٦/٣
إن للبقاء حكم الابتداء ٢٣/٣
«إن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم بيعه وأكل ثمنه» ٢٦٣/١
إن للمعاصي تأثير فى إيجاب العقوبات ١٢٥/١
إن المال لا يستحق عقوبة ٤٣٤/١

إن ما لاذمة له لا يلزمه الدين ابتداء	٤٥١/٢
إن ماليس بمال لا يضمن بالمال أصلا	١٣٠/٣
إن المبيع قائم مالم يعلم بهلاكه	٤٥١/١
إن مطلق البيع يوجب التسليم عقبيه	٣٢/١
إن المعلق بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدمه	٩٥/٢
إن المعلق بالضرورة يزول بزوال الضرورة	٣٤٨/٢
إن مقاصد الأموال إنما يحصل إذا تعينت	١٥١/٢
إن المقصود من الخيار هو النظر	٢٣٦/١
إن المقصود من شراء العين ماليتها	٢١٧/١
إن ملك الأب يولد العتق لا محالة	٤٣٨/١
إن المنافع دون الأعيان فى المالية	١١٧/٣
إن من ملك المنفعة بعقد مقصود للتمليك لم يملك تقويمها بأكثر مما يقوم عليه	٤٣٢/٢
إن مواقع الحرج والضرورة مستثناة عن تحريمات الشرع بالنص	٣٢٥/١
إن النهي متى ورد لمعنى فى غير المنهى عنه أوجب رفعه ونسخه. وإذا كان لمعنى فى غيره حرم المباشرة ولم يتعرض لأصله.	٨٧/١
إن الوصف لا يثبت إلا بعد قيام الموصوف	٩٣/١
إن ولاية القضاء ثابتة على الكل	٤٤٣/١
البيع عقد تمليك فلا ينفعل إلا فى مال.	٨٧/١
البيع لا يرد إلا على الموجود	٢٤٥/٢
التعليق يوجب الانعدام حكما	٢٩٠/١

تمام التعيين بالقبض	١٦٨/٢
الثمن لا يتعين إلا بالقبض	٤٤٨/١
الثمن لا يقابل إلا المبيع	٣٣٩/١
الجهالة دون الفوت لا محالة	٢٢٣/١
(جهالة الأوصاف دون فوتها)	
حالة الضرورة حكمها أبدا يكون بخلاف قياس الأصول	١٣٤/٣
الحرج مدفوع شرعا (لاحرج على المسلم)	٤١٦/٢
الحرمة أصل بالطعم والثمنية-في عقود المعاوضات،	
والحل عارض بكونه مكيلا أو موزونا	١٢٦/١
حق الشفعة لا يثبت إلا كملا صيانة للمشترى عن ضرر أخذه، والرد	
لا يثبت إلا كملا صيانة للبائع عن ضرر يرده لم يكن قبل البيع	٣٩٦/١
حكم الشرع نافذ على الكل	٤٤٥/١
الحكم المعدول به عن القياس مما لا يقاس عليه غيره	١٢٢/١
«الخراج بالضمان»	٥٠/٣
دعوى الحجة فوق دعوى الحكم،	١٢٨/١
الساقط لا يحتمل العود بعد تمامه،	٢٥/٣
الساقط يتلاشى فلا يبقى محلا للفسخ	٤١١/١
سبيل الحرام الرد فى الشرع	٢٨/٣
شدة الحاجة يزيد باب الإباحة فى الأموال،	١٢٤/١
الشيء الواحد لا يتصور حلوله بمكانين فى ساعة واحدة حقيقة	٢٠٣،٢٠٢/٣
صحة العبارة تبنى على المعرفة والتمييز لا غير	٤١٩/٢

الصفات لا تقبل البيع	٢٢٦/١
الضرر مدفوع فى الإسلام،	٣٤٧/١، ٣٩٩/١، ٤١٤/٢
العتق إخراج عن ذل الملكية إلى الماليكة	٢٤٤/١
العجز عن الفعل لا يبطل الأمر مالم يقع البأس عنه	٢٤/٣
العين خير من المنفعة،	١١٧/٣
الغرر محظور شرعا غير مأمور	٤٤/٣
كلام العاقل أبدا يحمل على ما يليق بحاله	٤١/٣
لا يرتفع العقد اللازم بما ليس بلازم حكما	٢٧٩/٣
لما يمنع الإسلام لم يمنع القرار	٢٤٢/١
لم يجز إحمال زيادة من المنافي ليست فى النص	٣٠٨/١
ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها	٧٤/٣
المحتمل لا يكون حجة	١٧٨/١، ٤٢٣، ٤١٢/٢، ٣٢/٣
مستحيل أن يكون الشيء الواحد شيئين	١٦٧/٣
مطلق الأمر يوجب النفاذ	٧/٣
مطلق النهي يدل على الفساد	٢٨٠/١
المعلق وجوده بشرط لا يثبت مالم يوجد بشرطه، والمعلق زواله بشرط لا يثبت مالم يوجد بشرطه	١٢٠/٣
المغايرة بين الأجناس لا يثبت إلا بالصور والمعاني	١٦٧/٣
الملك المستفاد بسبب إنما يتم بعد تمام السبب	٢٨٠/١
من ملك التجارة بإذن يملك الإجارة	١١٣/٣
الموت لم يشرع مبرئا للحقوق	٢١٨/٣

النقد أفضل معنى من النسأ ١٢٩/١

نهاية الملك المرفوق إلى العتق ٢٩٩/١

النهي لمعنى فى غيره لا يوجب الفساد بالإجماع ٣٢٠/١

الوصف لا يبقى بدون الموصوف ٣٣٦/١

يبقى حكم المنسوخ حال عدم بلوغ الناسخ ٢٧٧/١

«اليمن على من أنكر» ١٥/٣

(«الدليل على المدعى واليمين على من أنكر»)

**

فهرس الأشعار والأمثال

لايصلح الناس فوضى لاسراة لهم * ولا سراة إذا جهالهم سادوا ٣٧٨/٢

ليست بسنهاء ورجبية * ولكن عرايا فى السنين الجوائح ٢٤٠/١

*

صفة لم يشهدها حاطب ٣٨٣/١

فهرس المصادر

* القرآن الكريم

(أ)

* الآثار

للإمام المجتهد محمد بن الحسن المتوفى سنة ١٨٩هـ

إدارة القرآن والعلوم الاسلامية - كراتشى - باكستان.

* الآثار

للإمام المجتهد قاضى القضاة أبى يوسف يعقوب بن ابراهيم الأنصارى المتوفى سنة١٨٢هـ

دار الكتب العلمية - بيروت.

* إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام

للإمام تقى الدين محمد بن على بن وهب مطيع القشيرى، أبى الفتح، المعروف بابن دقيق العيد المتوفى سنة ٧٠٢هـ

تحقيق : طه سعد ومصطفى الهوارى

الطبعة الأولى ١٣٩٦هـ/١٩٧٦م. مكتبة عالم الفكر.

* **الإحكام فى أصول الأحكام**

للإمام سيف الدين على بن أبى على بن محمد الآمدى المتوفى سنة٦٣١هـ

الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ - بيروت، المكتبة الاسلامية

* **أحكام الأوقاف**

للإمام أبى بكر أحمد بن عمرو الشيبانى المعروف بالخصاف المتوفى سنة ٢٦١هـ

الطبعة الأولى ١٣٢٢هـ/١٩٢٢م، مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية،

* **أحكام القرآن**

للإمام أبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ

تصوير عن طبع استانبول، دار المكاتب العربى - بيروت،

* **أحكام القرآن**

للإمام أبى بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربى

تحقيق : على محمد البجاوى

الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ/١٩٥٧م

دار إحيا الكتب العربية،

* **أحكام الوقف**

للإمام هلال بن يحيى بن مسلم الرأى البصرى المتوفى سنة ٢٤٥هـ

الطبعة الأولى - ١٣٥٥هـ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد

الدكن - الهند،

*** اختلاف العراقيين**

للإمام المجتهد محمد بن ادريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ

مطبوع مع كتابه الأم، مكتبة الكليات الأزهرية - ١٣٨١هـ

*** ارشاد السارى إلى مناسك الملا على القارى**

تأليف حسين محمد سعيد عبدالغنى المكى الحنفى

(وهى حاشية على المسلك المتقسط)

دار الكتب العربى - بيروت،

*** إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم** (المعروف بتفسير أبى السعود) لقاضى القضاة الإمام أبى السعود محمد بن محمد العمادى المتوفى سنة ٩٥١هـ

دار إحياء التراث العربى - بيروت،

*** الإستيعاب فى أسماء الأصحاب**

للحافظ أبى عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر بن عاصم النمرى القرطبى المالكى المتوفى سنة ٤٦٣هـ

مطبوع بهامش الإصابة فى تمييز الصحابة صورة من الطبعة الأولى - ١٣٢٨هـ

دار إحياء التراث العربى - بيروت

*** الأشباه والنظائر**

للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر بن نجيم الحنفى سنة ٩٧٠هـ

نشر دار الكتب العلمية - ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م

* **الإصابة فى تمييز الصحابة**

للحافظ شهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ

صورة من الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨هـ) - دار إحياء التراث العربى - بيروت،

* **الاصطلام** - فى الخلاف بين الإمامين الشافعى وأبى حنيفة رحمهما الله -

تأليف أبى المظفر منصور بن محمد بن عبدالجبار السمعانى المتوفى سنة ٤٨٩هـ

تحقيق : الدكتور نايف بن نافع العمرى

الطبعة الأولى ١٤١٢هـ/١٩٩٢م (المطبوع منه إلى نهاية مسألة : «يجوز للمرأة أن تغسل زوجها...»)

* **إعلاء السنن**

للشيخ ظفر أحمد العثمانى المتوفى سنة ١٣٩٤هـ

من منشورات إدارة القرآن والعلوم الاسلامية، كراتشى - باكستان

* **الأعلام**، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين

تأليف خير الدين الزركلى

دار العلوم الملايين، الطبعة الخامسة ١٩٨٠م

* **الأعيان والمنافع المشتركة للعامة**

لشرف الدين بن على قالاى

رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا بجامعة أم القرى لنيل درجة الماجستير، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م

*** الأم**

للإمام المجتهد محمد بن إدريس الشافعي (١٥٠ - ٢٠٤هـ)

الطبعة الأولى - ١٣٨١هـ/١٩٦١م. مكتبة الكليات الأزهرية

*** الأمثال**

للإمام الحافظ أبي عبيدالقاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤هـ

الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م

نشر مركز البحث العلمي واحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى.

*** الأمد الأقصى**

للقاضي أبي زيد عبيدالله بن عمر بن عيسى الدبوسي المتوفى سنة ٤٣٠هـ

تحقيق : محمد عبدالقادر عطا.

الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م. دار الكتب العلمية - بيروت

*** الأنساب**

للإمام أبي سعد عبدالكريم بن محمد بن منصور السمعاني المتوفى سنة ٥٦٢هـ

تحقيق : الشيخ عبدالرحمن بن يحيى المعلمي اليماني

الطبعة الأولى - ١٣٨٥هـ/١٩٦٦م. مطبعة مجلس دار المعارف العثمانية بحيدر آباد - الدكن - الهند

* **الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف**

لشيخ الإسلام علاء الدين بن الحسن على بن سليمان المرداوى الحنبلى المتوفى سنة ٨٥٥هـ

تحقيق : محمد حامد الفقى،

الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ/١٩٥٧م

* **أنوار التنزيل وأسرار التأويل** (المعروف بتفسير البيضاوى)

للإمام ناصر الدين أبى سعيد عبدالله بن عمر بن محمد الشيرازى البيضاوى المتوفى سنة ٦٨٥هـ

مؤسسة شعبان للنشر والتوزيع - بيروت،

* **أنيس الفقهاء فى تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**

للشيخ قاسم بن عبدالله القنوى المتوفى سنة ٩٧٨هـ

تحقيق : الدكتور أحمد بن عبدالرزاق الكبيسى

الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، دار الوفاء للنشر والتوزيع - جدة

* **الإيثار بمعرفة رواة الآثار**

للإمام الحافظ أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ

مطبوع مع كتاب الآثار للإمام محمد بن الحسن الشيبانى

نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشى - باكستان

* الإيضاح التبيان فى معرفة المكيال والميزان

لأبى العباس نجم الدين بن الرفعة الأنصارى المتوفى سنة ٧١٠هـ

تحقيق : الدكتور محمد أحمد إسماعيل الخاروف ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م

من منشورات مركز البحث العلمي وإحياء التراث الاسلامى بجامعة أم القرى

(ب)

* البحر الرائق شرح كنز الدقائق

للإمام زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم المتوفى سنة

المكتبة الماجدية - باكستان.

* بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع

للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود بن أحمد الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧هـ

الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، دار الكتب العربى - بيروت

* البداية والنهاية

للحافظ أبى الفداء إسماعيل بن كثير بن ضو بن كثير القرشى المتوفى سنة ٧٧٤هـ

الطبعة الثانية ١٩٧٧م - مكتبة دار المعارف - بيروت.

* البهويهيون والخلافة العباسية

تأليف : الدكتور إبراهيم سلمان الكروى

الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، مكتبة دار العربية

(ت)

*** تاج التراجم**

للإمام قاسم بن قطلوبغا الحنفى المتوفى سنة ٨٧٩هـ

تحقيق : إبراهيم صالح

الطبعة الأولى ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، دار المأمون للتراث

*** تاريخ التراث العربى**

لفؤاد سزكين

نقله إلى العربية: د٠ محمود فهمى حجازى ود٠ فهمى أبو الفضل

الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٨م

*** تاريخ الدولة العلية العثمانية**

تأليف الأستاذ محمد فريد بك المحامى٠ تحقيق : الدكتور إحسان حقى

الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، دار النفائس٠

*** تحفة الفقهاء**

للإمام علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندى المتوفى سنة ٥٣٩هـ

الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ /١٩٨٤م، دار الكتب العلمية - بيروت٠

*** التعريفات**

للإمام على بن محمد الجرجانى

الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، دار الكتب العلمية - بيروت

* **التعليق المغنى على الدار قطنى**

تأليف العلامة أبى الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى

مطبوع مع سنن الدار قطنى، شركة الطباعة الفنية المتحدة - ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م

* **تفسير أبى السعود** (راجع إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم)

* **تفسير البيضاوى** (راجع أنوار التنزيل وأسرار التأويل)

* **تفسير الخازن** (راجع لباب التأويل فى معانى التنزيل)

* **تفسير القرآن العظيم**

للإمام الحافظ عماد الدين أبى الفداء إسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى المتوفى سنة ٧٧٤هـ

دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبى

* **التفسير الكبير**

للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازى المتوفى سنة ٦٠٦هـ

الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ/١٩٣٨م، المطبعة البهية المصرية،

* **تفسير النسفى** (راجع مدارك التنزيل وحقائق التأويل)

* **تقريب التهذيب**

للحافظ شهاب الدين أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ

تحقيق : محمد عوامة

الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، دار الرشيد - حلب - سوريا،

*** تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع**

للإمام القاضى أبى زيد الدبوسى المتوفى سنة ٤٣٠هـ

نسخة مكتبة شستربيتى.

*** تكملة البحر الرائق**

للشيخ محمد بن الحسين بن على الطورى

وهى الجزء الثانى من البحر الرائق. المكتبة الماجدية - باكستان

*** تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير**

للحافظ شهاب الدين أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى المتوفى سنة٨٥٢هـ

طبع دار المعرفة - بيروت. ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م

*** التمهيد فى أصول الفقه**

تأليف محفوظ بن أحمد بن الحسن أبى الخطاب الكلوزانى الحنبلى المتوفى سنة ٥١٠هـ

تحقيق : الدكتور مفيد محمد أبى عمشة.

الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م، من منشورات مركز البحث العلمى وإحياء التراث الاسلامى بجامعة أم القرى.

*** التوضيح فى حل غوامض التنقيح**

للقاضى صدر الشريعة عبيدالله بن مسعود بن تاج الشريعة المحبوبى البخارى المتوفى سنة ٧٤٧هـ

مطبوع بهامش شرح التلويح على التوضيح

دار الكتب العلمية - بيروت،

(ج)

*** جامع الأصول فى أحاديث الرسول**

للإمام مجد الدين أبى السعادات المبارك بن محمد بن الكريم بن الأثير الجزرى المتوفى سنة ٦٠٦هـ

تحقيق : عبدالقادر الأرناؤوط

طبع سنة ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م، نشر مكتبة الحلوانى - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان،

*** جامع البيان عن تأويل آى القرآن** (المعروف بتفسير الطبرى)

للإمام أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى المتوفى سنة ٣١٠هـ

تحقيق : محمود محمد شاكر وأحمد محمد شاكر

دار المعارف - بمصر،

*** الجامع الصحيح** (راجع «سنن الترمذى»)

*** الجامع الكبير**

للإمام المجتهد محمد بن الحسن الشيبانى المتوفى سنة ١٨٩هـ

تحقيق : أبى الوفاء الأفغانى

الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ

من منشورات لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدرآباد - الدكن - الهند.

*** الجامع لأحكام القرآن**

للإمام أبى عبدالله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى المتوفى سنة ٦٧١هـ

الطبعة الثالثة عن طبعة دار الكتب المصرية ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م

دار الكتاب العربى.

*** الجواهر المضية فى طبقات الحنفية**

للإمام أبى محمد عبدالقادر بن محمد بن نضر الله بن سالم بن أبى الوفاء القرشى الحنفى المتوفى سنة ٧٧٥هـ

تحقيق : الدكتور عبدالفتاح محمد الحلو

مطبعة عيسى البابى الحلبى ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م

(ح)

*** حاشية أبى الضياء**

للشيخ نور الدين على بن على أبى الضياء الشرملسى الرملى القاهرى المتوفى سنة١٠٨٧هـ

مطبوع مع نهاية المحتاج. مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م

*** حاشية الدسوقى**

للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقى

المكتبة التجارية الكبرى

*** حاشية رد المحتار على الدر المختار** شرح تنوير الأبصار المعروف

(بحاشية ابن عابدين)

للإمام محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز

الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م، مطبعة مصطفى البابى

*** حاشية الصاوى**

للعلامة أحمد بن محمد الصاوى المالكى

المطبوع بهامش الشرح الصغير، دار المعارف بمصر

*** حاشية الطحطاوى على مراقى الفلاح**

تأليف أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوى الحنفى المتوفى سنة ١٢٣١هـ

الطبعة الثالثة - ١٣١٨هـ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق - مصر.

(خ)

*** الخراج**

للإمام يحيى بن آدم القرشى المتوفى سنة ٢٠٣هـ

تحقيق : أبى الأشبال أحمد محمد شاكر

الطبعة الأولى -١٣٩٥هـ، المكتبة العلمية - لاهور - باكستان.

(د)

*** درر الحكام شرح مجلة الأحكام**

لعلى حيدر أفندى، تعريب : المحامى فهمى الحسينى

مكتبة النهضة - بغداد

*** الدر المختار شرح تنوير الأبصار**

للإمام محمد بن علاء الدين الحصكفى المتوفى سنة ١٠٨٨هـ

الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م ، مطبعة البابى٠

*** الدر المنتقى**

للإمام محمد علاء الدين

بهامش مجمع الأنهر، المطبعة العامرة٠

*** دلائل النبوة ومعرفة أحوال صاحب الشريعة**

للإمام أبى بكر أحمد بن الحسين البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨هـ

تحقيق : الدكتور عبدالمعطى قلعجى

الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، دار الكتب العلمية - بيروت

(ر)

*** الرتاج** (أنظر «فقه الملوك ومفتاح الرتاج٠٠٠»)

*** الرد على سير الأوزاعى**

للإمام أبى يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصارى المتوفى سنة ١٨٢هـ

تحقيق : أبو الوفاء الأفغانى٠ نشر دار الكتب العلمية - بيروت

*** الرسالة**

للإمام المجتهد محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ

تحقيق : أحمد محمد شاكر

الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م - مكتبة دار التراث - القاهرة

*** روضة الطالبين**

للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى المتوفى سنة ٦٧٦هـ

المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر.

*** روضة الناظر وجنة المناظر**

للإمام موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٢٠هـ

الطبعة الأولى ١٤٠١هـ/١٩٨١م، دار الكتب العلمية - بيروت

(س)

*** سنن أبى داود** (انظر «مختصر سنن أبى داود» للمنذرى)

للإمام الحافظ أبى داود بن الأشعث بن اسحاق الأزدى السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥هـ

*** سنن ابن ماجة**

للحافظ أبى عبدالله محمد بن يزيد القزوينى المتوفى سنة ٢٧٥هـ

تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقى

المكتبة العلمية - بيروت.

* **سنن الترمذى** (الجامع الصحيح)

للإمام أبى عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٧٩هـ

دار إحياء التراث العربى

* **سنن الدار قطنى**

للإمام الحافظ على بن عمر الدار قطنى المتوفى سنة ٣٨٥هـ

من مطبوعات كتب السنة النبوية، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م

* **السنن الكبرى للبيهقى**

للإمام الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨هـ

الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية

حيدر آبادر - الدكن - الهند،

* **سنن النسائى**

للإمام الحافظ أبى عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن على بن بحر النسائى

المتوفى سنة ٣٠٣هـ

المكتبة العلمية - بيروت

* **سير أعلام النبلاء**

للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨هـ

*** السيرة النبوية**

لأبى محمد عبدالملك بن هشام بن أيوب الحميرى المتوفى سنة ٢١٣هـ

تحقيق : مصطفى السقا - ابراهيم الأبيارى - عبدالحفيظ شلبى

الطبعة الثانية ١٣٧٥هـ/١٩٥٥م، مطبعة مصطفى البابى

*** السيرة النبوية**

لأبى الحسن على الحسنى الندوى

الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، دار الشروق - جدة.

(ش)

*** شجرة النور الزكية فى طبقات المالكية**

للشيخ محمد بن محمد مخلوف

طبعة جديدة بالأفست عن الطبعة الأولى سنة ١٣٤٩هـ

دار الكتب العربى - بيروت.

*** شذرات الذهب**

للمؤرخ الأديب الفقيه أبى الفلاح عبدالحى بن العماد المتوفى سنة ١٠٨٩هـ

دار الكتب العلمية - بيروت.

*** شرح الخرشى على مختصر خليل**

للإمام أبى عبدالله محمد بن عبدالله الخرشى المتوفى سنة ١١٠١هـ

تصوير من الطبعة الثانية بالمطبعة الكبرى ببولاق سنة ١٣١٧هـ

دار صادر - بيروت.

*** الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**

للعلامة أبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير

تحقيق : الدكتور مصطفى كمال وصفى

دار المعارف بمصر،

*** شرح الكوكب المنير**

تأليف محمد بن أحمد بن عبدالعزيز بن على الفتوحى، المعروف بابن النجار،

المتوفى سنة ٩٧٢هـ

تحقيق : الدكتور محمد الزحيلى والدكتور نزيه حماد

الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ/١٩٨٧م

من منشورات مركز البحث العلمى وإحياء التراث الاسلامى بجامعة أم القرى

*** شرح المجلة**

لسليم رستم باز اللبانى

الطبعة الثالثة، دار إحيار التراث العربى - بيروت،

*** شرح معانى الآثار**

للإمام أبى جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبدالملك بن سلمة الأزدى

الطحاوى المتوفى سنة ٣٢١هـ

تحقيق : محمد زهرى النجار

الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، دار الكتب العلمية - بيروت،

* شفاء الغليل فى بيان الشبه المخيل ومسالك التعليل

للشيخ محمد بن محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥هـ

تحقيق : الدكتور حمد الكبيسى

مطبعة الإرشاد - بغداد ١٣٩٠هـ/١٩٧١م

(ص)

* الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية

لإسماعيل بن الجوهرى

تحقيق : أحمد عبدالغفور عطار، طبعة سنة ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م

* صحيح البخارى

للإمام أبى عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخارى المتوفى سنة ٢٥٦هـ

مطبوع مع شرحه عمدة القارى، الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م

مطبعة مصطفى البابى - بمصر

* صحيح مسلم

للإمام أبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى المتوفى سنة ٢٦١هـ

تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقى

دار إحياء التراث العربى - بيروت،

(ط)

*** طبقات الحنابلة**

للقاضى أبى الحسين محمد بن محمد

مطبعة الثنية المحمدية

*** طبقات الشافعية الكبرى**

لتاج الدين أبى نصر عبدالوهاب بن على بن عبدالكافى السبكى الشافعى المتوفى سنة ٧٧١هـ

تحقيق : محمود محمد الطناحى - عبدالفتاح محمد الحلو

الطبعة الأولى ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م، مطبعة عيسى البابى الحلبى.

(ع)

*** العبر فى خبر من غبر**

للمؤرخ الحافظ محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨هـ

تحقيق فؤاد سيد

الكويت - ١٩٦١م

*** عقود الجواهر المنيفة**

للشيخ محمد بن محمد بن محمد بن عبدالرزاق الزبيدى المتوفى سنة ١٢٠٥هـ

تحقيق : وهبى سليمان غاوجى الألبانى

الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م، مؤسسة الرسالة

* **العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية**

للشيخ محمد أمين، الشهير بإبن عابدين

دار المعرفة - بيروت، الطبعة الثانية بالأفست عن طبع المطبعة الأميرية ببولاق ١٣٠٠هـ.

* **عمدة القارى شرح صحيح البخارى**

للإمام بدر الدين أبى محمد محمود بن أحمد العينى المتوفى سنة ٨٥٥هـ

الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م، مطبعة مصطفى البابى الحلبى

* **العناية فى شرح الهداية**

للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦هـ

مطبوع مع فتح القدير شرح الهداية، دار التراث العربى.

(غ)

* **غاية المنتهى فى الجمع بين الإقناع والمنتهى**

للشيخ مرعى بن يوسف الحنبلى المتوفى سنة ١٠٣٣هـ

الطبعة الثانية، من منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض.

(ف)

* **الفتاوى الخانية** (المعروف بفتاوى قاضيخان)

للإمام فخر الدين حسن بن منصور الأزجندى الفرغانى المتوفى سنة ٥٩٢هـ

مطبوع بهامش الجزء الأول والثانى والثالث من الفتاوى الهندية،

المكتبة الإسلامية - دياربكر - تركيا.

* **الفتاوى الهندية** (ويعرف أيضا ب «الفتاوى العالمكيريه»)

تأليف السلطان أبى المظفر محمد أرنك زيب بهادر عالمكير وجماعة من علماء الهند،

المكتبة الاسلامية - ديار بكر - تركيا، تصوير من الطبعة الثانية بالمطبعة الكبرى ببولاق - ١٣١٠هـ

* **فتح البارى بشرح صحيح البخارى**

للإمام شهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ

تحقيق : الشيخ عبدالعزيز بن باز - محمد فؤاد عبدالباقى

نشر رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية،

* **فتح العزيز شرح الوجيز**

للإمام أبى القاسم عبدالكريم بن محمد الرافعى المتوفى سنة ٦٢٣هـ

مطبوع مع المجموع شرح المهذب - دار الفكر،

* **فتح الغفار بشرح المنار** (المعروف بمشكاة الأنوار فى أصول المنار)

للشيخ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم

مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٥٥هـ/١٩٣٦م

*** فتح القدير شرح الهداية**

للإمام محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد كمال الدين الشهير بابن الهمام السيواسى السكندرى المتوفى سنة ٨٦١هـ

تصوير من طبع المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣٠٦هـ. دار إحياء التراث العربى - بيروت.

*** الفتح المبين فى طبقات الأصوليين**

للشيخ عبدالله مصطفى المراغى

الطبعة الثانية ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م، دار الكتب العلمية - بيروت

*** فتح الوهاب شرح منهاج الطلاب** .لشيخ الاسلام أبو يحيى زكريا الأنصارى

مطبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر. عيسى البابى الحلبى ١٣٤٤هـ/١٩٢٥م

*** الفروق**

للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس، أبى العباس القرافى المالكى

دار المعرفة - بيروت.

*** فقه الملوك ومفتاح الرتاج المرصد على خزانة كتاب الخراج**

للإمام عبدالعزيز بن محمد الرحبى الحنفى البغدادى من القرن الثانى عشر.

تحقيق : الدكتور أحمد عبيد الكبيسى

مطبعة الإرشاد - بغداد. نشر رئاسة ديوان الأوقاف بالجمهورية العراقية ١٩٧٣م

*** الفوائد البهية فى تراجم الحنفية**

لأبى الحسنات محمد عبدالحى اللكنوى الهندى

دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

*** فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت**

للعلامة عبدالعلى محمد بن نظام الدين الأنصارى

مطبوع مع المستصفى للغزالى، المطبعة الأميرية ببولاق ١٣٢٤هـ

*** الفواكه الدوانى على رسالة ابن أبى زيد القيروانى**

للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراونى المالكى المتوفى سنة ١١٢٠هـ

الطبعة الثالثة ١٣٧٤هـ/١٩٥٥م - مطبعة مصطفى البابى الحلبى،

(ق)

*** القوانين الفقهية فى تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية،**

للإمام أبى القاسم محمد بن أحمد بن جزى الغرناطى الشهيد سنة ٧٤١هـ

توزيع : مكتبة عباس أحمد الباز - مكة المكرمة،

(ك)

*** الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى**

للإمام حافظ المغرب أبى عمر يوسف بن عبدالبر النمرى القرطبى المتوفى سنة ٤٦٣هـ

تحقيق : الدكتور محمد أحيد الموريتانى

الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض،

*** الكامل فى التاريخ**

للمؤرخ على بن محمد بن عبدالكريم الشيبانى الجزرى، أبى الحسن عز الدين ابن الأثير المتوفى سنة ٦٣٠هـ

دار صادر - دار بيروت، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م

* **الكتاب** (مختصر القدورى)

للإمام أبى الحسين أحمد بن محمد القدورى المتوفى سنة ٤٢٨هـ

مطبوع مع شرحه اللباب ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، مكتبة العلمية - بيروت،

* **كشاف القناع عن متن الإقناع**

للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتى الحنبلى المتوفى سنة ١٠٥١هـ

عالم الكتب - بيروت ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م

كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى

للشيخ عبدالعزيز البخارى

الناشر : الصدف ببلشرز - كراتشى - باكستان،

* **كشف الظنون**

للعالم المؤرخ مصطفى بن عبدالله الشهير بحاجى خليفة وبكاتب جلبى

من منشورات مكتبة المثنى - بغداد طبع بالأفست عن طبع مطبعة المعارف

باستانبول،

* **كفاية الأخيار فى حل غاية الإختصار**

للإمام تقى الدين أبى بكر بن محمد الحسينى الدمشقى الشافعى

الطبعة الثالثة، طبع على نفقة الشئون الدينية بدولة قطر،

* **الكفاية شرح الهداية**

للإمام جلال الدين الخوارزمى الكرلانى الحنفى

مطبوع مع فتح القدير شرح الهداية، دار إحياء التراث العربى

* **كنز الدقائق**

للإمام أبى البركات عبدالله بن أحمد بن محمود النسفى

مطبوع مع شرحه البحر الرائق، المكتبة الماجدية - باكستان،

(ل)

* **لباب التأويل فى معانى التنزيل** (المعروف بتفسير الخازن)

للإمام علاء الدين على بن محمد بن إبراهيم البغدادى ، الشهير بالخازن، المتوفى سنة ٧٤١هـ

دار المعرفة - بيروت،

* **اللباب فى تهذيب الأنساب**

لعز الدين أبى الحسن على بن محمد بن عبدالكريم، ابن الأثير الجزرى المتوفى سنة ٦٣٠هـ

دار صادر - بيروت،

* **اللباب فى شرح الكتاب**

للإمام عبدالغنى الغنيمى الدمشقى الميدانى أحد علماء القرن الثالث عشر

تحقيق : محمد محى الدين عبدالحميد

المكتبة العلمية - بيروت ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م

* **لسان الحكام فى معرفة الأحكام**

للإمام أبى الوليد إبراهيم بن أبى اليمن محمد بن أبى الفضل المعروف بابن الشحنة،

الطبعة الثانية (مطبوع مع معين الحكام للطرابلسى) ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م

مطبعة مصطفى البابى الحلبى - بمصر،

*** لسان العرب**

للإمام العلامة أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن المنظور المصرى

دار صادر - دار بيروت ١٣٧٥هـ/١٩٥٦م

(م)

*** المبدع فى شرح المقنع**

للإمام أبى إسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبدالله المتوفى سنة ٨٨٤هـ

المكتبة الاسلامية ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م

*** المبسوط**

لشمس الأئمة أبى بكر محمد بن أحمد السرخس الحنفى المتوفى سنة ٤٩٠هـ

الطبعة الثالثة، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت،

*** مجلة الأحكام العدلية**

تأليف ناظر ديوان الأحكام العدلية أحمد جودت وجماعة من علماء الدولة العثمانية،

مطبوع مع شرحه درر الحكام، مكتبة النهضة - بغداد،

*** مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر**

للإمام عبدالرحمن بن محمد بن سليمان المعروف (بداماد أفندى)

مطبعة العامرة،

* **المجموع شرح المهذب**

للإمام الحافظ أبى زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ، ولم يكمله.

دار الفكر.

* **المحصول فى علم الأصول**

للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازى المتوفى سنة ٦٠٦هـ

تحقيق : الدكتور طه جابر فياض العلوانى

الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، من مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية.

* **المحلى**

للإمام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ

المكتب التجارى للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت.

* **مختصر سنن أبى داود** (المعروف بمختصر المنذرى، المسمى «تهذيب سنن أبى داود»)

للحافظ زكى الدين أبى محمد عبدالعظيم بن عبدالقوى بن عبدالله بن سلامة ابن سعد المنذرى المتوفى سنة ٦٥٦هـ

تحقيق : محمد حامد الفقى

مكتبة المحمدية - القاهرة.

*** مختصر الطحاوى**

للإمام المحدث الفقيه أبى جعفر أحمد بن سلامة الطحاوى المتوفى سنة ٣٢١هـ

تحقيق أبى الوفاء الأفغانى

الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، دار إحياء العلوم - بيروت

*** مدارك أبى البركات عبدالله بن أحمد بن محمود النسفى المتوفى سنة ٧١٠هـ**

مطبوع بهامش لباب التأويل، دار المعرفة - بيروت،

*** المدونة الكبرى**

رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخى عن الإمام عبدالرحمن بن القاسم العتقى

فقه إمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحى

طبعة بالأفست عن الطبعة السادسة سنة ١٣٢٣هـ

دار صادر - بيروت،

*** مراصد الأطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع**

لصفى الدين عبد المؤمن بن عبدالحق البغدادى المتوفى سنة ٧٣٩هـ

تحقيق : على محمد البجاوى

الطبعة الأولى ١٣٧٣هـ/١٩٥٤م، دار إحياء الكتب العربية

*** المستدرك على الصحيحين فى الحديث**

للإمام أبى عبدالله محمد النيسابورى، المعروف بالحاكم، المتوفى سنة ٤٠٥هـ

مكتبة ومطابع النصر الحديثة - الرياض،

*** مراقى الفلاح شرح نور الإيضاح**

تأليف الشيخ حسن بن عمار بن على الشرنبلالى المتوفى سنة ١٠٦٩هـ

دار المعرفة - بيروت

*** المستصفى**

للإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥هـ

الطبعة الأولى ١٣٢٤هـ، المطبعة الأميرية ببولاق - مصر

*** مسند الإمام أحمد بن حنبل**

الطبعة الثانية - ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م، المكتب الاسلامى - بيروت

*** المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى**

للإمام أحمد بن محمد بن على المقرى المتوفى سنة ٧٧٠هـ

المكتبة العلمية،

*** المصنف**

للإمام الحافظ أبى بكر عبدالرزاق بن همام الصنعانى المتوفى سنة ٢١١هـ

تحقيق : الشيخ حبيب الرحمن الأعظمى

الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، المكتب الاسلامى

*** المصنف فى الأحاديث والآثار**

للإمام الحافظ أبى بكر عبدالله بن محمد بن أبى شيبة الكوفى المتوفى سنة ٢٣٥هـ

الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، دار التاج - بيروت،

*** معارف السنن شرح سنن الترمذى**

تأليف محمد يوسف الحسينى البنورى المتوفى سنة ١٣٩٧هـ

المكتبة البنورية - كراتشى - باكستان.

*** معالم السنن**

للإمام حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستى الخطابى المتوفى سنة ٣٨٨هـ

مطبوع مع مختصر سنن أبى داود للمنذرى

*** المعتمد فى أصول الفقه**

تأليف أبى الحسين محمد بن على بن الطيب البصرى المتوفى سنة ٤٣٦هـ

تحقيق : محمد حميد الله ١٣٧٤هـ/١٩٦٤م

من منشورات المعهد العلمى الفرنسى للدراسات العربية بدمشق.

*** معجم البلدان**

للإمام شهاب الدين أبى عبدالله ياقوت بن عبدالله الحموى المتوفى سنة ٦٢٦هـ

دار صادر - دار بيروت ١٣٧٥هـ/١٩٥٦م

*** معجم المؤلفين تراجم مصنف الكتب العربية**

تأليف : عمر رضا كحالة

مكتبة المثنى ودار إحياء التراث العربى - بيروت

*** معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**

للإمام علاء الدين أبى الحسن على بن خليل الطرابلسى

الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م، مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر.

*** المغرب فى ترتيب المعرب**

للإمام اللغوى أبو الفتح ناصر الدين المطرزى المتوفى سنة ٦١٠هـ

تحقيق محمود فاخورى وعبدالحميد مختار

الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، مكتبة اسامة بن زيد - حلب - سوريا.

*** المغنى على مختصر الخرقى**

للإمام أبى محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٢٠هـ

المكتبة الحديثة - الرياض.

*** المغنى فى أصول الفقه**

للإمام جلال الدين أبى محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازى المتوفى سنة ٦٩١هـ

تحقيق : الدكتور محمد مظهر بقا

الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ، من منشورات مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامى بجامعة أم القرى.

*** مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج**

للشيخ محمد الشربينى الخطيب الشافعى من علماء القرن العاشر

مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٧٧هـ/١٩٥٨م٠

*** مفتاح السعادة ومصباح السيادة فى موضوعات العلوم**

تأليف : أحمد بن مصطفى، الشهير بطاش كبرى زادة

تحقيق : كامل كامل بكرى - عبدالوهاب أبو النور٠

دار الكتب الحديثة٠

*** المفردات فى غريب القرآن**

للإمام أبى القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الاصفهانى المتوفى سنة ٥٠٢هـ

مطبعة مصطفى البابى الحلبى - ١٣٨١هـ/١٩٦١م

*** المقدمة** (الشهير بمقدمة ابن خلدون)

للعلامة عبدالرحمن بن محمد بن محمد، ابن خلدون المغربى الإشبيلى المتوفى سنة ٨٠٨هـ

الطبعة الرابعة - ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م٠

*** ملتقى الأبحر**

للإمام إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبى المتوفى سنة ٩٥٦هـ

تحقيق : وهبى سليمان غاوجى الألبابى

الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، مؤسسة الرسالة

*** الملل والنحل**

للإمام أبى الفتح محمد بن عبدالكريم بن أحمد الشهرستانى المتوفى سنة ٥٤٨هـ

تحقيق : محمد سيد كيلانى،

دار المعرفة - بيروت،

*** المنار**

للإمام أبى البركات عبدالله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفى المتوفى سنة ٧١٠هـ

مطبوع مع شرحه فتح الغفار الطبعة الأولى ١٣٥٥هـ/١٩٣٦م

مطبعة مصطفى البابى الحلبى،

*** المنتقى شرح موطأ الإمام مالك**

للإمام القاضى أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجى الأندلسى المتوفى سنة ٤٩٤هـ

طبعة مصورة عن الطبعة الأولى بمطبعة السعادة -١٣٣١هـ

دار الكتاب العربى - بيروت،

*** منحة الخالق على البحر الرائق**

للسيد محمد أمين الشهير بابن عابدين،

مطبوع بهامش البحر الرائق، المكتبة الماجدية - باكستان،

*** منهاج الطالبين**

للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ

مطبوع مع شرحه مغنى المحتاج ١٣٧٧هـ/١٩٥٨م، مطبعة مصطفى البابى

*** المهذب**

للإمام أبى اسحاق إبراهيم بن على يوسف الفيروزابادى الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ

الطبعة الثانية ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م

دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت،

*** الموطأ**

للإمام المجتهد مالك بن أنس

تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقى

دار إحياء الكتب العربية - مطبعة عيسى البابى الحلبى

*** ميزان الأصول فى نتائج العقول**

للإمام علاء الدين شمس النظر أبى بكر محمد بن أحمد السمرقندى المتوفى سنة ٥٣٩هـ

تحقيق : الدكتور محمد زكى عبدالبر

الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، نشر مطابع الدوحة الحديثة

(ن)

*** نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار**

لشمس الدين أحمد بن قودر، المعروف بقاضى زاده أفندى

وهى تكملة فتح القدير للكمال بن الهمام، أولها الجزء السابع

دار إحياء التراث العربى

*** نصب الراية لأحاديث الهداية**

للإمام الحافظ جمال الدين أبى محمد عبدالله بن يوسف الحنفى المتوفى سنة ٧٦٢هـ

الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م

المكتبة الاسلامية، طبع دار التراث العربى - بيروت،

*** النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب**

لمحمد بن بطال الركبى

مطبوع بهامش المهذب، دار المعرفة - بيروت،

*** نهاية السول فى شرح منهاج الأصول**

للإمام جمال الدين عبدالرحيم بن الحسن الأسنوى الشافعى المتوفى سنة ٧٧٢هـ

جمعية نشر الكتب العربية - بالقاهرة ١٣٤٣هـ

*** نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**

للإمام شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى المتوفى سنة ١٠٠٤هـ

مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م

*** نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار**

للشيخ قاضى قضاة القطر اليمانى محمد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥هـ

دار الجيل - بيروت ١٩٧٣م

(هـ)

*** الهداية شرح بداية المبتدى**

لشيخ الاسلام برهان الدين أبى الحسين على بن عبدالجليل أبى بكر المرغينانى الرشدانى المتوفى سنة ٥٩٣هـ

مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام، دار إحياء التراث العربى - بيروت

*** هدية العارفين، أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**

تأليف : إسماعيل باشا البغدادى

دار الفكر - ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م

(و)

*** وفيات الأعيان وأنباء الزمان**

لأبى العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبى بكر بن خلكان المتوفى سنة ٦٨١هـ

تحقيق : محمد محى الدين عبدالحميد

مكتبة النهضة المصرية - مطبعة السعادة،

* * *

فهرس الموضوعات

فهـرس الجـزء الأول

مقدمة التحقيق ٤

الفصل الأول: التعريف بالمؤلف ١٢

المبحث الأول: عصر المؤلف سياسيا واحتماعيا وعلميا ١٢

الحالة السياسية ١٢

الحالة الاقتصادية ٢٥

الحالة العلمية ٢٦

الحالة العلمية من ناحية علم الفقه ٢٨

المبحث الثاني: اسمه ونسبه وأسرته ومولده ووفاته ٣٠

اسمه ونسبه ٣٠

أسرته ٣١

نسبته ٣٢

مولده ٣٤

وفاته ٣٤

المبحث الثالث: نشأته وشيوخه وتلاميذته ٣٦

نشأته وشيوخه ٣٦

تلاميذته ٤٢

المبحث الرابع: مكانته العلمية ومؤلفاته ٤٣

مكانته العلمية ٤٣

موقف أبي زيد الدبوسي من التقليد ٤٧

مؤلفاته ٥٠

الفصل الثاني: التعريف بالكتاب ٥٥

المبحث الأول: اسم الكتاب ونسبته إلى المؤلف ٥٦

المبحث الثـاني: منهج المؤلف في الكتاب ٥٩

المبحث الثـالث: مصادر المؤلف في الكتاب والمصادر التي نقلت عن الكتاب ٦١

المبحث الرابـع: ملاحظات على الكتاب ٦٧

المبحث الخامس: تعريف نسخ المخطوطة ووصفها ٦٩
المبحث السادس: منهج التحقيق ٧٣
نماذج من نسخ الكتاب ٧٦

قسم التحقيق
كتـــــاب البيـــوع

أنواع البيوع ٨٤
مسألة: الخلاف في حكم البيع الفاسد ٨٦
فصل ما يفسد لمعنى في المحل مع قيام المالية ١٠٠
مسألة: الخلاف في علة الربا ١٠٠
مسألة: الخلاف في بيع الجنس بالجنس نسأ ١٢٩
مسألة: الخلاف في حكم ضمان قيمة الجودة ١٣٧
مسألة: الخلاف في اشتراط القبض في المجلس في شراء الطعام بالطعام ١٣٩
مسألة: حكم بيع السيف المحلى بفضة هي أكثر من الحلية ١٤٥
مسألة: الخلاف في حكم بيع الرطب بالرطب كيلا ١٤٧
مسألة: الخلاف في حكم بيع الرطب بالتمر بكيل ١٥١
مسألة: الخلاف في حكم بيع فلس بفلس بأعيانها ١٥٩
مسألة: الخلاف في حكم بيع السويق بالدقيق ١٦٢
مسألة: الخلاف في حكم بيع حيوان بلحم جنسه ١٦٨
مسألة: الخلاف في حكم بيع جنسين أو أكثر بجنسين أو أكثر متفاضلا ١٧٤
مسألة: الخلاف في حكم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ١٨٠
مسألة: الخلاف في شراء نخل بقدر من التمر ثم أثمر النخل قبل القبض ذلك القدر من التمر ١٨٤
مسألة: الخلاف في حكم زيادة أحد المتبايعين أو حطه ١٩٥
مسألة: الخلاف في حكم بيع لحوم النعم بالآخر مجازفة ٢٠٩
مسألة: الخلاف في حكم شراء شيء حاضر مستور مشار إليه ٢١٤
سألة: الخلاف في حكم بيع من الدار بذراع ٢٢٨

مسألة: الخلاف في حكم شراء قطيع معين من شاه بسعر معين ٢٣٠

مسألة: الخلاف في حكم البيع بخيار التعيين ٢٣٤

مسألة: الخلاف في حكم البيع بالمثل خرصا وحكم بيع العرايا ٢٣٧

فصل الاختلاف لمانع في المبيع ٢٤٢

مسألة: الخلاف في حكم شراء الكافر عبدا مسلما ٢٤٢

مسألة: الخلاف في حكم بيع المدبر ٢٥٢

مسألة: الخلاف في حكم تفريق الأقارب في البيع ٢٥٣

فصل مما اختلف فيه لمالية المحل وعدمها ٢٥٦

مسألة: الخلاف في حكم بيع لبن المرأة ٢٥٦

مسألة: الخلاف في حكم الدهن الذي تموت فيه قأرة ٢٦٢

مسألة: الخلاف في حكم بيع الكلاب المعلمة ٢٦٧

مسألة: الخلاف في حكم حمر الذمي ٢٧٦

فصل اختلف فيه لنقصان الملك ٢٨٠

الخلاف في حكم بيع العقار قبل القبض ٢٨٠

فصل اختلاف الناس في الجواز والفساد لمعنى في العاقد ٢٨٥

الخلاف في حكم بيع الصبي والعبد المحجور ٢٨٦

مسألة: الخلاف في حكم عتق المشتري العبد المشترى من غاصبه ٢٨٧

فصل الفساد في العقد بشرط العتق ٢٩٦

مسألة: تابعة لما سبق ٢٩٩

مسألة: الخلاف في حكم البيع إلى أجل فيه نوع جهالة ثم أبطل ذلك الأجل قبل حينه ٣٠٢

مسألة: الخلاف في حكم شراء مال بشرط الرهن أو الكفالة ٣٠٤

مسألة: الخلاف في مدة خيار الشرط ٣٠٨

مسألة: الخلاف في حكم شرط الخيار أبدا ٣١٠

مسألة: الخلاف في حكم الشراء بشرط نقد الثمن إلى ثلاثة أيام ٣١١

مسألة: الخلاف في حكم البيع بشرط الخيار لثالث ٣١٣

مسألة: الخلاف في حكم الشراء بشرط البراءة من كل عيب ٣١٥
مسألة: الخلاف في حكم شراء الثمرة قبل الإدراك بعدما صارت منتفعا بها ٣١٩
مسألة: الخلاف في حكم شراء الثمرة على الشجرة بعدما تناهت ٣٢١
مسألة: الخلاف في حكم شراء الثمرة بعدما تناهت بشرط البقاء على الشجرة ٣٢٢
مسألة: الخلاف في حكم شراء شيء بشرط أن يوفيه إياه في منزله من المصر
الذي عقدا فيه ٣٢٨
مسألة: الخلاف في حكم الجمع في البيع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه ٣٢٨
فصل خيار الشرط الجائز ٣٣٥
مسألة: الخلاف في حكم وراثة خيار الشرط ٣٣٥
مسألة: الخلاف في حكم وقت انتقال ملك المبيع المشروط فيه الخيار ٣٤٢
مسألة تابعة لما قبلها ٣٤٤
مسألة: الخلاف في حكم فسخ من شرط له الخيار العقد في غياب الآخر ٣٤٦
مسألة: الخلاف في حكم تفرد أحد المشتريين بالخيار بالرد ٣٥٧
مسألة: الخلاف في غاية الخيار ٣٦١
مسألة: الخلاف في حكم سقوط الخيار بنظر الأَمَة بشهوة ٣٦٧
مسألة: الخلاف في حكم هلاك المبيع في يد المشتري بفعل البائع في مدة الخيار ٣٧٠
فصل في خيار هو غير ثابت عندنا ٣٧١
الخلاف في خيار المجلس ٣٧١
مسألة الخلاف في ثبوت الخيار بإفلاس المشتري ٣٧٧
فصل خيار الرؤية ٣٨٩
مسألة: الخلاف في حكم رؤية الوكيل ٣٨٩
فصل خيار العيب ٣٩٢
مسائل الإسقاط أصلا ٣٩٣
مسألة: الخلاف في حكم الخصومة للمشتري بعد الإطلاع على عيب في المبيع
وقد باع نصفه ٣٩٥
مسائل الإسقاط إلى بدل ٣٩٧

مسألة: الخلاف في حكم رد الجارية الثيبة الموطوءة من قبل المشتري ٤٠١
مسألة: الخلاف في حكم الرجوع بالقيمة إذا رد الجارية المشترية بالعبد ٤٠٩
مسألة: الخلاف في حكم الرد بالعيب بعد الكسر أو القطع ٤١٧
فصل في معرفة ما هو عيب ٤١٩
الخلاف في حكم الرد التصرية ٤١٩
❋ بحث في مسألة التصرية ٤٢٨
مسألة: الخلاف في حكم شراء عبد حلال الدم إذا قتل عند المشتري ٤٣٤
مسألة: الخلاف في ثبوت الخيار للمشتري بتصرف البائع في المبيع قبل التسليم ٤٣٩
فصل حكم الرد بالعيب ٤٤٢
الخلاف في حكم الرد بالعيب في حق ثالث ٤٤٢
فصل الحكـــــــم ٤٤٦
الخلاف في وقت التسليم ٤٤٦
مسألة: الخلاف في حكم الإقرار بالثمن والدعوى بعدم قبض المبيع ٤٤٩
مسألة تابعة لما يبق ٤٥٥

✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪

فهرس الجزء الثاني

فصل أنواع البيع لاختلاف المبيع	٣
السلم	٣
القول في الشروط [الخلاف في شرطية الأجل]	٤
الخلاف في شرطية وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل	١٤
الخلاف في حكم السلم في الحيوان	١٩
مسألة: الخلاف في حكم السلم في اللحم	٣٤
مسألة: الخلاف في اشتراط بيان مكان الإيفاء	٣٦
مسألة: الخلاف في اشتراط معرفة قدر رأس المال	٤٠
فصل في شروط البقاء على الصحة	٤٥
[الخلاف في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين الأجل]	٤٥
مسألة: الخلاف في حكم عقد السلم إذا ظهر العيب في رأس المال	٤٧
مسألة: تابعة لما قبلها	٤٨
فصل في الصلح في السلم	٥٣
فصل: [الخلاف في حكم صلح الكفيل بالسلم على رأس المال]	٥٣
مسألة: الخلاف في حكم صلح أحد ربي السلم على رأس المال	٥٤
فصل: القبض	٦١
فصل: عقد الاستصناع	٦٢
فصل: أنواع البدل، فصل المرابحة	٦٥
مسألة: الخلاف في حكم بيع أحد الثوبين المشترين بصفقة واحدة	٦٥
مسألة: الخلاف في بيع ثوب اشتري بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشترى بعشرة مرابحة على عشرة	٧٢
مسألة: الخلاف في حكم البيع بالمرابحة فيما اشتراه ممن لا يجوز شهادة له	٧٥
مسألة: الخلاف في البيع مرابحة أحد الثياب المشترية بصفقة واحدة	٧٧
مسألة: الخلاف في حكم بيع المرابحة الذي خالف البائع في خبر ثمن شرائه	٧٨
مسألة: الخلاف في بيع التولية الذي خالف البائع في خبر ثمن شرائه	٧٩

مسألة: الخلاف في حكم تسليم الدار إلى الشفيع بزيادة من الثمن الأول ٨٢

فصل الاختلاف

(الخلاف في اختلاف العاقدين في قدر الأجل) ٨٦

مسألة: الخلاف في اختلاف العاقدين في مكان الإيفاء ٨٨

مسألة: الخلاف في اختلاف العاقدين في الأجل ٩٠

مسألة: الخلاف في حكم اختلاف العاقدين في الثمن بعد هلاك السلعة ٩٣

مسألة: الخلاف في اختلاف العاقد وورثة الآخرين بعد قبض المبيع ١٠٠

مسألة: الخلاف في اختلاف الزوجين في المهر ١٠٢

مسألة: الخلاف في اختلاف المولى والعبد في بدل الكتابة ١٠٣

مسألة: الخلاف في اختلاف العاقدين في ثمن عبدين بعد موت أحدهما ١٠٤

فصل الاستهلاك

[الخلاف في حكم استهلاك البائع الثمار الحاصلة بعد العقد على أصلها قبل تسليم الأصل] ١٠٦

مسألة: الخلاف في حكم وطء البائع الجارية المبيعة قبل التسليم ١٠٩

مسألة: الخلاف في حكم إتلاف البائع كسب المبيع قبل تسليمه إلى المشتري ١١١

فصل الوكالة في باب البيع والشراء ١١٣

مسألة: الخلاف في حكم حبس الوكيل بالشراء السلعة عن الآمر مقابل الثمن ١١٩

مسألة: الخلاف في حكم إبراء الوكيل بالبيع المشترى عن الثمن أو تأخيره الثمن ١٢٢

مسألة: الخلاف في حكم التوكيل بالسلم بالدين الذي على الوكيل ١٢٧

مسألة: الخلاف في حكم عدم حضور نية الوكيل بالشراء عن الآمر حين العقد ١٣١

مسألة: الخلاف في حكم ملك الوكيل البيع بما قل أو كثر وبالنقد أو بالنسيئة ١٣٤

مسألة: الخلاف في حكم بيع الوكيل ممن لا تجوز شهادته له ١٤٠

مسألة: الخلاف في حكم توكيل المسلم الذمي بشراء خمر أو الخنزير ١٤٣

☆☆☆☆☆☆☆

كتاب الصرف ١٤٨

(الخلاف في حكم تعيين الدراهم والدنانير في عقد المعاوضات) ١٤٩

مسألة: الخلاف في حكم جعل بدل الصرف قصاصا بدين ١٨٧
مسألة: الخلاف في حكم الشراء بالدين من غير عليه الدين ١٩٠
مسألة: الخلاف في حكم الإجارة بعد قبض المستحق ١٩٢
مسألة: الخلاف في حكم شراء فلوس غير مشار إليها بدراهم عين ١٩٣
مسألة: الخلاف في حكم البيع بفلوس بالذمة إذا كسدت قبل القبض ١٩٤
مسألة: الخلاف في ضمان كساد الفلوس المستقرضة ١٩٨
مسألة: الخلاف في حكم الشراء بدانق فلس أو سدس درهم فلس ٢٠٢
مسألة: الخلاف في حكم الأجل في القرض وبدل الصرف والسلم ٢٠٤
مسألة: الخلاف في الأموال التي يصح القرض فيها ٢١٣
مسألة: الخلاف في حكم القضاء بالقيمة على من كسر قلب فضة أو استهلكه ٢١٨
مسألة: الخلاف في ملك مال الحربي في دار الحرب بعقود فاسدة ٢٢١

☆☆☆☆☆☆☆☆

كتـــاب الإجارات ٢٣١
أنواع الإجارة ٢٣٢
قول الشافعية في وقت تملك الأجرة ٢٣٥
قول الشافعية في الإجارة بشرط تعجيل الأجرة ٢٣٦
قول الشافعية في تأخير تسليم المستأجر ٢٣٦
قول الشافعية في توريث المنافع المستأجرة ٢٣٦
قول الشافعية في إجارة العبد التي عتق العبد قبل انتهاء مدتها ٢٣٧
قول الشافعية في عقد الإجارة مضافا إلى المستقبل ٢٣٧
قول الشافعية في إجارة المنفعة بجنسها ٢٣٩
المعنى المقصود من الإجارة ٢٤٠
الجواب عن قول الشافعية في الإجارة بشرط تعجيل الأجرة ٢٤٩
الجواب عن قول الشافعية في عقد الإجارة مضافا إلى المستقبل ٢٤٩
الجواب عن قول الشافعية في تأخير تسليم المستأجر ٢٥٠
قول الحنفية في توريث المنافع المستأجرة ٢٥٠

قول الحنفية في حكم إجارة الأب ولده الصغير	٢٥٢
قول الحنفية في حكم إجارة العبد نفسه	٢٥٣
قول الحنفية في حكم إجارة المنفعة بجنسها	٢٥٤
قول الحنفية في حكم إجارة المستأجر بأكثر مما استأجر	٢٥٦
قول الحنفية في وقت تملك الأجرة	٢٥٩
الخلاف في حكم الصرف بالأجرة التي ليست بمعجلة	٢٦٣
مسألة: الخلاف في حكم عمل الشريك في الشركة بالأجرة	٢٦٦
مسألة: الخلاف في حكم إجارة المشاع	٢٧٠
مسألة: الخلاف في حكم حبس العين بالأجرة	٢٧٥
مسألة: الخلاف في حكم تلف العين بعمل الأجير المشترك	٢٧٩
مسألة: الخلاف في حكم تلف الدابة بكبح أو ضرب	٢٩٤
مسألة: الخلاف في حكم ضمان رجل مات أثناء التعزير	٢٩٩
مسألة: الخلاف في حكم هلاك متاع في يد الأجير المشترك	٣٠٠
مسألة: الخلاف في حكم الإجارة على أحد الشرطين	٣٠٦
مسألة: الخلاف في حكم الإجارة بأجرتين على أمرين	٣١١
مسألة: الخلاف في حكم دار آجرها المكاتب ثم عجز	٣١٣
مسألة: الخلاف في حكم استئجار الظئر بطعامها وكسوتها بالمعروف	٣١٩
مسألة: الخلاف في حكم استئجار امرأته للرضاعة أو الخدمة داخل البيت	٣٢٠
مسألة: الخلاف في استحقاق حامل الكتاب الأجرة إذا عاد به لعدم وجود من يسلم إليه	٣٢٥
مسألة: الخلاف في حكم إجارة الفسطاط المستأجر أو إعارته	٣٢٧
مسألة: الخلاف في حكم الاستئجار لحمل الخمر	٣٢٨
مسألة: الخلاف في حكم الاستئجار بعمل معلوم مع ذكر الوقت	٣٢٩
مسألة: الخلاف في حكم تمام عمل الأجير اللبان والخباز ونحوهما	٣٣٢
مسألة: الخلاف في حكم الاستئجار على عمل هو طاعة محضة	٣٣٤
مسألة: الخلاف في حكم بيع لبن المرأة	٣٥٢

❁❁❁❁❁❁❁❁❁❁

كتاب الشركة	**٣٥٨**
مسألة: الخلاف في حكم الشركات	٣٥٩
مسألة: الخلاف في معاوضة المسلم مع الذمي	٣٨٠
مسألة: الخلاف في دعوى في المفاوضة	٣٨٤
مسألة: الخلاف في لزوم كفالة أحد المتفاوضين عن إنسان بمال شريكه	٣٨٦
مسألة: الخلاف في حكم شراء أحد المتفاوضين جارية بإذن شريكه	٣٨٨
مسألة: الخلاف في حكم الاشتراك في الاحتطاب	٣٩٢
كتاب المأذون	**٣٩٤**
[منشأ الخلاف في مسائل كتاب المأذون]	٣٩٥
مسألة: الخلاف في حكم تقييد الإذن بنوع معين	٣٩٦
مسألة: الخلاف في حكم سكوت المولى على بيع وشراء عبده	٤٠٩
مسألة: الخلاف في حكم الإذن للصبي العاقل في التجارة	٤٢١
مسألة: [الخلاف في حكم بيع العبد بدين التجارة]	٤٣٠
مسألة: الخلاف في حكم تملك المولى كسب عبده المديون	٤٣٨
مسألة: الخلاف في حكم إقرار العبد بعد الحجر عليه	٤٤١
مسألة: الخلاف في حكم افتضاض العبد أمة غاصبا بإصبع	٤٤٦
مسألة: الخلاف في حكم دعوى الدين على العبد المأذون بعد بيعه	٤٥٠

فهرس الجزء الثالث

كتاب الوكالة ٥

[الخلاف في حكم إقرار الوكيل بالخصومة على موكله] ٥

فصل [في مناقشة قول أبي يوسف الأخير في إقرار الوكيل] ١٠

فصل [في الخلاف في حكم شهادة الوكيل بالخصومة بعد عزله لصالح المدعي] ١١

مسألة: الخلاف في التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم ١٢

مسألة: الخلاف في حق المخاصمة لكل من الوكيلين ٢١

مسألة: الخلاف في سقوط الوكالة بارتداد الوكيل ولحوقه بدار الحرب ٢٢

مسألة: الخلاف في حكم سماع بينة الوكيل بقبض الدين ٢٦

مسألة: الخلاف في حكم قبض الوكيل بالخصومة ٢٧

مسألة: الخلاف في حكم بيع الوكيل بالبيع الفاسد بعقد صحيح ٢٨

مسألة: الخلاف في حكم عزل الوكيل بخبر واحد أو اثنين ٣١

مسألة: شراء الوكيل سلعة معيبة ٣٧

مسألة: الخلاف في تكفيل المدعى عليه إلى حين إحضار البينة ٣٨

مسألة: الخلاف في حكم العزل بمضي الوقت ٤١

مسألة: الخلاف في شهادة موليا أمة منكوحة بالطلاق ٤٢

مسألة: الخلاف في حكم عزل الوكيل بدون علمه ٤٤

كتاب القسمة ٤٧

تعريف القسمة ٤٧

مسألة: الخلاف في حكم تقسيم أجرة القسام ٥٠

مسألة: الخلاف في حكم تقسيم العقار بإقرار المورثين ٥٣

مسألة: الخلاف في حكم تقسيم الدور والبيوت والمنازل جمعا ٥٨

مسألة: الخلاف في حكم كيفية تقسيم العلو والسفل ٦٤
مسألة: الخلاف في حكم التقسيم إذا استحق البعض من نصيب أحد المقتسمين ٦٨
مسألة: من باب الوصايا ٧٠
مسألة: الخلاف في حكم هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ٧٧

✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪

كتاب الغصب ٨٦
فصل حد الغصب (الخلاف في حكم زوائد الغصب) ٨٨
مسألة: الخلاف في ضمان الزيادة المتصلة إذا باع الغاصب الأصل ٩٩
فصل الشرط [الخلاف في ضمان العقارات المغصوبة] ١٠٤
مسألة: الخلاف في ضمان المنافع بالغصب ١١١
فصل: الإتلاف [الخلاف في ضمان المنافع بالإتلاف] ١١٢
مسألة: الخلاف في ضمان جلد ميتة مدبوغ بشيء له قيمة بالإتلاف ١٣٤
مسألة: الخلاف في تضمين آلاة اللهو بالإتلاف ١٣٥
فصل الحكم ١٣٦
مسألة: الخلاف في ضمان الأشياء التي تتفاوت في أنفسها في حالة عن رد عينها ١٣٦
مسألة: الخلاف في إفادة الغصب الملاك عند القضاء بالضمان أو التراضي ١٤٠
مسألة: الخلاف في انجبار نقصان ولادة الأم المغصوبة بالولد ١٤٩
مسألة: الخلاف في حكم إطعام الطعام المغصوب صاحبه ١٥٩
مسألة: الخلاف في الرجوع بالقيمة في جاريته مشترية إذا استحقت ١٦٣
فصل حد الإتلاف [الخلاف في ملكية المغصوب بالإتلاف] ١٦٤
مسألة: الخلاف في حكم تغيير العين المغصوبة بفعل الغاصب ١٧٥
مسألة: الخلاف في حكم ضرب نقرة مغصوبة أو صياغتها ١٨٢
مسألة: الخلاف في حكم خلط المغصوب بمال الغاصب ١٨٥

مسألة: الخلاف في حكم صبغ الثوب المسروق بعد قطع يد الشارق ١٨٨
مسألة: الخلاف في حكم البناء على أرض مشتريه بشراء فاسد ١٩٢
مسألة: الخلاف في حكم استهلاك خمر مستقرض أو مغصوب أو مشتري من ذمي١٩٣



كتاب الكفالة ١٩٦
الخلاف في حكم الكفالة بالنفس ١٩٧
مسألة: الخلاف في حكم الكفالة بتسليم نفس من عليه القصاص أوحد القذف ٢١١
مسألة: الخلاف في حكم الكفالة بدين على ميت مفلس ٢١٢
مسألة: الخلاف في حكم الكفالة إلى أجل فيه نوع من الجهالة ٢٢١
مسألة: الخلاف في حكم تسليم النفس المكفول بها في مصر آخر ٢٣٦
مسألة: الخلاف في حكم الكفالة لغائب ٢٣٩
مسألة: الخلاف في حكم بعض الكفالة بالمال والنفس ٢٤٦
مسألة: الخلاف في حكم طلب الضمان لشخص الثالث ٢٤٩
مسألة: الخلاف في حكم الرجوع على الأصيل إذا مات المحتال عليه مفلسا ٢٥١
مسألة: الخلاف في حكم بعض الصور عن عدم الوفاء بالكفالة ٢٦٤
مسألة: الخلاف في حكم قول الطالب للكفيل: "برئت" ٢٦٥
مسألة: الخلاف في حكم الغريم الميت من الدين ورد الوارث ٢٦٧
مسألة: الخلاف في حكم الكفالة بما حال بشرط الأجل ٢٦٩



كتابة المضاربة ٢٧٠
الخلاف في المعقود عليه بالمضاربة ٢٧١

مسألة: الخلاف في تسمية رب المال للمضارب شركا مطلقا ٢٧٣
مسألة: الخلاف في حكم ما ربح المضارب في العبدين ٢٧٤
مسألة: الخلاف في حكم الزيادة والحط بعد انقسام الربح ٢٧٦
مسألة: الخلاف في حكم الزيادة في رأس المال بعد تحقيق الربح ٢٧٨
مسألة: الخلاف في حكم مضاربة الأجير ٢٧٩

✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪

كتاب المزارعة ٢٨١
الخلاف في صحة المزارعة والمعاملة ٢٨٢
مسألة: الخلاف في الزواج على أن يزرع الرجل أرضه ببذر المرأة على أن الخارج بينهما مناصفة ٢٩٥

✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪

كتاب الوقف ٢٩٩
فصل الشرط ٣٠٠
مسألة: الخلاف في اشتراط أن يكون الوقف موصى به ٣٠١
مسألة: الخلاف في حكم وقف المنقول ٣١٤
مسألة: الخلاف في حكم وقف شرط الواقف لنفسه شيئا ٣١٥
مسألة: الخلاف في حكم وقف المشاع ٣١٨
فصل الركن (الخلاف في صيغة الوقت) ٣١٩
مسألة تابعة لما قبلها ٣٢٠
مسألة: الخلاف في اشتراط تسليم الموقوف ٣٢١
فصل الحكم ٣٢٣

مسألة: الخلاف في حكم الوقف بالخيار ٣٢٤
مسألة: الخلاف في حكم الوقف إذا تعطل عن أهله ٣٢٧
مسألة: الخلاف في حكم وقف رجل أرضه على أن له أن يبيعها ويشتري بثمنها أرضا تكون موقوفة ٣٢٨



خاتمة البحث ٣٣٠
الفهارس ٣٣٤
فهرس الآيات القرآنية ٣٣٥
فهرس الأحاديث النبوية والآثار ٣٣٧
فهرس تعريف الاصطلاحات والكلمات الغريبة الواردة في الكتاب ٣٤٤
فهرس الأعلام ٣٥٤
فهرس القواعد والضوابط الفقهية ٣٦٠
فهرس الأشعار والأمثال ٣٦٧
فهرس مصادر الدراسة والتحقيق ٣٦٨
فهرس الموضوعات ٤٠٥